



CORTE COSTITUZIONALE PORTOGHESE

SENTENZA N. 121 DELL'8 APRILE 2010

*Traduzione di Deborah Amalia ORLANDINI
Dottore in legge, Università di Ferrara*

Proc. N.192/2010

Seduta plenaria

Relatore: Cons. Vitor Gomes

Pronunciata, in seduta plenaria, nella sede della Corte Costituzionale

I) Relazione

1. Il Presidente della Repubblica ha richiesto, ai sensi dei commi 1 e 3 dell'art.278 della Costituzione della Repubblica Portoghese (CRP), del comma 1 dell'art.51 e del comma 1 dell'art.57 della legge di Organizzazione, Funzionamento e Processo della Corte Costituzionale n.28/82 del 15 novembre, così come modificata dalla legge n.13-A/98 del 26 febbraio (LTC), in sede di controllo preventivo, il vaglio della costituzionalità delle norme degli art.1, dell'art.2 laddove modifica gli artt. 1577, 1591 e 1690 comma 1 del Codice Civile, dell'art.4 e dell'art.5, tutti del Decreto n.9/XI dell'Assemblea della Repubblica, che permette il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, ricevuto per la promulgazione.

Il contenuto integrale del provvedimento è il seguente:

“ Articolo 1

(oggetto)

La presente legge permette il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso.

Articolo 2

(modifiche alla disciplina del matrimonio)

Gli artt. 1577,1591 e 1690 del codice civile sono modificati come segue:

Articolo 1577

[...]

Il matrimonio è il contratto stipulato tra due persone che intendono costituire una famiglia mediante una piena comunione di vita, secondo le disposizioni del presente Codice.

Articolo 1591

[...]

Il contratto mediante il quale, a titolo di promessa, convenzioni prematrimoniali o a qualsivoglia altro titolo, due persone si impegnano a contrarre matrimonio non dà diritto a esigere la celebrazione del matrimonio né a reclamare, in caso di mancata celebrazione, altre forme di indennizzo al di fuori di quelle previste dall'art.1594, anche quando risultanti da clausola penale.

Articolo 1690

[...]

1- Ognuno dei coniugi è legittimato a contrarre obbligazioni senza il consenso dell'altro.

2- [...]

Articolo 3

Adozione

1 – Le modifiche introdotte dalla presente legge non implicano l'ammissibilità legale dell'adozione, in nessuna delle sue forme, da parte di persone sposate con un coniuge dello stesso sesso.

2 – Nessuna disposizione di legge in materia di adozione può essere interpretata in senso contrario al disposto del comma precedente.

Articolo 4

Abrogazione

E' abrogata la lett. e) dell'art.1628 del Codice Civile.

Articolo 5

Disposizione finale

Tutte le disposizioni di legge relative al matrimonio e ai suoi effetti devono essere interpretate alla luce della presente legge, indipendentemente dal genere dei



coniugi, fermo restando quanto disposto dall'art.3”.

2. L'istanza perviene accompagnata da un parere legale e si fonda sulle seguenti premesse:

“[....]

6°

La presente istanza di controllo di costituzionalità ha per oggetto ed è circoscritta alle norme, e solo esse, dell'art.1, dell'art.2 nella misura in cui modifica il testo degli art.1577, 1591 e 1690 comma 1 del Codice Civile, dell'art.4 e dell'art . 5 del Decreto n.9/XI, dell'Assemblea della Repubblica.

7°

Si deve sottolineare, anzitutto, che l'approvazione delle normativa di cui si richiede valutazione preventiva di costituzionalità non deriva da una imposizione costituzionale di uguaglianza dal momento che, come la Corte Costituzionale ha già avuto modo di concludere, nella sentenza n.359/2009, la norma dell'art.1577 del Codice Civile, nel testo in vigore, non contrasta con il comma 2 dell'art.13 della Legge Fondamentale.

8°

Se si dovesse concludere per l'esistenza di una imposizione costituzionale di legiferare derivante dal principio di uguaglianza, sarebbe obbligatoria la previsione di una disciplina del matrimonio tra persone dello stesso sesso del tutto identica a quella del matrimonio tra persone di sesso diverso, che impedirebbe l'accoglimento di una disciplina differenziata o di soluzioni giuridicamente distinte.

9°

La scelta di una differenziazione è stata seguita nella maggior parte degli Stati nella cultura giuridica dei quali il Portogallo si inserisce, essendo state accolte, in alcuni di essi, diverse denominazioni e discipline differenziate.

10°

La scelta dell'unione civile registrata è stata considerata, del resto, dalla giurisprudenza costituzionale tedesca come derivante dal principio di uguaglianza: trattandosi di realtà distinte, bisognerebbe prevedere discipline differenti, matrimonio per le persone di sesso diverso; unione civile registrata per le persone dello stesso sesso.

11°

Il principio di uguaglianza può, d'altronde, essere invocato per sostenere l'incostituzionalità delle norme oggetto dell'istanza. Tutto risiede nello stabilire se, trattando in maniera uguale realtà sostanzialmente diverse, il legislatore non violi un obbligo di differenziazione che deriva dalla Legge Fondamentale.

12°

Si conclude, così, che, secondo la giurisprudenza costituzionale portoghese, consolidata nella sentenza n.359/2009, la Costituzione non obbliga alla previsione legale del matrimonio tra persone dello stesso sesso, essendo legittima sia la sua proibizione pura e semplice, sia la previsione di regimi differenziati, del che è esempio, tra molti altri, la disciplina tedesca.

13°

Una diversa soluzione costituirebbe un inaccettabile condizionamento della libertà discrezionale del legislatore, nella misura in cui imporrebbe non solo l'estensione della disciplina del matrimonio civile a persone dello stesso sesso, ma lo farebbe in tutta la sua portata, con tutto il suo complesso di diritti e obblighi.

14°

Del resto, per concludere per l'esistenza in questo campo di una imposizione dettata dal comma 2 dell'art.13 della Legge Fondamentale, sarebbe necessario chiarire previamente il concetto di "orientamento sessuale". In effetti, solo questo chiarimento permetterebbe di sapere, con sicurezza, se la configurazione ora data all'istituto del matrimonio dal Decreto n°9/XI non implichi, eventualmente, la violazione del principio di uguaglianza, non riservando identico trattamento ad altre forme possibili di orientamento sessuale, di modo che si potrebbe mettere sempre in discussione la legittimità costituzionale dell'art.3 del decreto citato, che sembra vietare la possibilità di adozione da parte di una persona sposata con un coniuge dello stesso sesso.

15°

La differenziazione introdotta nel menzionato art.3 del Decreto corrisponde, d'altronde, al riconoscimento da parte del legislatore che le realtà in questione sono sostanzialmente distinte, permettendo la Costituzione, o addirittura esigendo, per questo motivo, un trattamento differenziato.

16°

Questa necessità di chiarimento del concetto di "orientamento sessuale" diventa ancor più evidente dal momento che la disciplina dell'art.1577 del Codice Civile e di altre disposizioni dello stesso Codice, esige, nella sua lettera, la differenza di sesso dei nubendi, ma non uno specifico orientamento sessuale. "E'essenziale, dunque, sapere in che consiste l'"orientamento sessuale" agli effetti di quanto disposto nel comma 2 dell'art.13 della Costituzione.



17°

Sgombrato il campo dalla questione circa l'esistenza di una imposizione costituzionale di legiferare nei termini in cui l'ha fatto il Decreto n. 9/XI, si pone, allora, la questione di sapere se le norme che costituiscono l'oggetto della presente istanza sono conformi alla norma costituzionale dell'art.36, comma 1 che recita: "Tutti hanno il diritto di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio in condizioni di piena uguaglianza".

18°

Attraverso il Decreto n. 9/XI, l'Assemblea della Repubblica ha dato un nuovo testo alla norma dell'art.1577 del Codice Civile che stabilisce, sotto la rubrica "Nozione di matrimonio", che "matrimonio è il contratto stipulato tra persone di sesso diverso che intendono costituire una famiglia mediante una piena comunione di vita, secondo le disposizioni del presente codice".

19°

Il legislatore ha eliminato l'inciso "persone di sesso diverso", sostituendolo con l'espressione "due persone", il che ha comportato una modifica significativa degli elementi definatori del concetto di matrimonio accolto nel codice civile che sono: a) la stipulazione di un contratto; b) tra persone di sesso diverso; c) che intendono costituire una famiglia; d) mediante una piena comunione di vita.

20°

Diviene necessario, dunque, indagare se la modifica che ora si è voluto introdurre nel nostro ordinamento giuridico appare conforme al concetto costituzionale di matrimonio e, di riflesso, al concetto costituzionale di famiglia accolto nel comma 1 dell'art.36 della Legge Fondamentale.

21°

Si rende, inoltre, necessario sapere se questa modifica si conforma al concetto di matrimonio accolto nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell' Uomo che, al comma 1 del suo art.12, stabilisce quanto segue: "A partire dall'età nubile, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia (...)". Essendo questo riferimento al genere dei titolari del diritto un caso isolato nella Dichiarazione Universale, è obbligatorio concludere che, alla luce di questo testo, il concetto di matrimonio deve essere interpretato come riguardante l'unione tra un uomo e una donna.

22°

Ora, disponendo la Costituzione portoghese al comma 2 dell'art.16, che "i precetti costituzionali e di legge relativi ai diritti fondamentali devono essere interpretati

e integrati in armonia con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo”, ciò significa che l’interpretazione dei precetti costituzionali sui diritti fondamentali non deve essere fatta, esclusivamente basandosi sulla lettera e sullo spirito della nostra Costituzione. Ciò che la norma costituzionale portoghese impone all’interprete è, dunque, un’interpretazione conforme alla Dichiarazione.

23°

Pur riconoscendo che il legislatore possiede, in questo campo, la libertà di configurazione nella definizione degli elementi caratteristici del concetto legale di matrimonio, si dovrà sempre tener presente che quella discrezionalità legislativa non può essere esercitata in maniera tale da stravolgere la nozione costituzionale di quell’istituto.

24°

L’esistenza costituzionale del matrimonio come istituzione è espressamente riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare nella citata sentenza n.359/2009, avendo la Corte, nella sentenza n.590/2004, affermato trattarsi di “una vera e propria norma di garanzia istituzionale”.

Nella sentenza appena citata la Corte ha dichiarato:

“Si deve, sin d’ora, precisare il senso della norma costituzionale invocata. L’art.36 riconosce e garantisce diversi diritti relativi alla famiglia, al matrimonio e alla filiazione. Accostandosi all’insegnamento di J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira [...]:

[...] Quei diritti sono di quattro specie: a) diritto delle persone a costituire una famiglia e sposarsi (commi 1 e 2); b) diritti dei coniugi in ambito familiare ed extrafamiliare (comma 3); diritti dei genitori in relazione ai figli (comma 2 ultima parte e commi 5 e 6); d) diritti dei figli (commi 4 e 5, seconda parte).

Ci interessano in particolare i diritti menzionati alla lett. a). Quanto al diritto di sposarsi, si può dire che esso consta di due dimensioni. Da un lato sancisce un diritto fondamentale, dall’altro è una vera e propria norma di garanzia istituzionale”, come spiegano Pereira Coelho e Guilherme Oliveira (*Corso di diritto di famiglia*, Vol.I, 2° ed., Coimbra editrice, 2001, pag.137):

Merita considerazione [...] la questione di sapere se l’art.36 comma 1, seconda parte, accorda solo un diritto fondamentale a contrarre matrimonio, o si tratta, inoltre, di una norma di garanzia istituzionale. Sebbene la Costituzione non formuli esplicitamente un principio di “protezione del matrimonio”(solo la famiglia è protetta



nell'art.67) abbiamo ritenuto che l'istituto del matrimonio è costituzionalmente garantito, poiché non avrebbe senso che la Costituzione accordasse il diritto a contrarre matrimonio e, contemporaneamente, permettesse al legislatore di sopprimere l'istituto o stravolgere il suo "nucleo essenziale".

[...] Quello che la Costituzione garantisce è la libertà individuale di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio, così come l'esistenza della figura giuridica del matrimonio. In altre parole, la norma invocata come parametro prescrive solo che lo Stato deve garantire l'esistenza dell'istituto giuridico del matrimonio e, contemporaneamente, astenersi da qualsivoglia comportamento che impedisca o renda difficoltoso l'esercizio di detti diritti da parte dei cittadini.

25°

Indipendentemente dalla natura della protezione costituzionale del matrimonio, si deve, quindi, determinare il contenuto minimo del concetto costituzionale di matrimonio.

26°

In verità, la malleabilità dei concetti costituzionali non può essere illimitata, essendoci dei limiti che derivano dalla loro stessa nozione, semantica e istituzionale, che la Legge Fondamentale ha accolto, altrimenti, se così non fosse, la forza normativa del testo costituzionale verrebbe irrimediabilmente messa in discussione.

27°

Così, non sarà costituzionalmente ammissibile che il legislatore, usando della sua libertà discrezionale e trovandosi dinnanzi a un concetto "aperto", sopprima, modifichi o introduca nuovi elementi in questo concetto che lo de-caratterizzino in ciò che rappresenta il suo nucleo essenziale. Infatti, come la Corte ha ben chiarito nella sentenza n. 590/2004, non basta affermare che il legislatore gode, in questo campo di un ampio margine di apprezzamento. E' necessario esplicitare il senso e i limiti di tale libertà discrezionale, altrimenti il suo esercizio non terrebbe conto della portata della garanzia istituzionale contenuta nel comma 1 dell'art.36 della Costituzione. Si tratta precisamente dell'esplicitazione del senso e dei limiti della discrezionalità del legislatore in questo campo, che, attraverso la presente istanza, si richiede che sia effettuata dalla Corte.

28°

Infatti, la libertà discrezionale del legislatore non può consentire lo

stravolgimento del concetto costituzionale di matrimonio e nemmeno costituire un “assegno in bianco” al legislatore che gli permetta di amputare qualcuna delle sue caratteristiche essenziali.

29°

Nel caso in questione, ciò di cui si tratta, in verità, non è una mera modifica lessicale o terminologica, ma l’eliminazione di uno degli elementi dell’istituto del matrimonio, il che comporta sempre che la Corte determini quali caratteri definiti nell’art.1577 del Codice Civile siano o meno suscettibili di soppressione, senza che l’istituto venga stravolto. È questa determinazione che, attraverso la presente istanza, si chiede che la Corte effettui.

30°

La Costituzione fornisce, del resto, un adeguato inquadramento della nozione di matrimonio, nel contesto della famiglia, che vincola l’interprete, nell’ambito di una interpretazione evolutiva, ma anche sistematica, il cui risultato non può astrarre, in assoluto, dalla lettera dell’art.36.

31°

E’ il caso del disposto delle norme costituzionali del comma 1 dell’art.67, dei commi 1 e 4 dell’art.68 e del comma 2 dell’art.71. In ognuno di essi il riferimento alla famiglia si trova associato alla filiazione, il cui ruolo appare centrale nell’istituzione familiare, così come sancita nella Costituzione, dovendosi evidenziare, per il suo contenuto precettivo, la salvaguardia dell’istituto previsto dall’art.36.

32°

Ciò non vuol dire, naturalmente, che la Costituzione stabilisca una connessione necessaria tra matrimonio e filiazione. La disciplina giuridica del matrimonio attualmente in vigore lo smentisce. Ma è ineludibile il fatto che la Costituzione protegge l’istituto del matrimonio in un contesto ben determinato.

33°

D’altro canto, è innegabile che il concetto costituzionale di matrimonio ha impregnato l’ordinamento giuridico portoghese con la sua forza radiante.

34°

Detta impregnazione è evidente nell’art.1577 del codice civile, negli artt.1601 e 1604, relativi agli impedimenti matrimoniali, in particolare agli impedimenti dirimenti assoluti e relativi, che ostano al matrimonio della persona cui si riferiscono, tra gli altri, il vincolo di precedente matrimonio, la parentela in linea retta o di secondo grado in linea collaterale, ovvero l’incriminazione per bigamia, prevista e punita dall’art.247 del



Codice Penale.

35°

Il legislatore ci ha chiarito, e ciò non sarebbe possibile senza un aggancio costituzionale, le caratteristiche essenziali del matrimonio alla luce dell'ordinamento giuridico portoghese.

36°

Non esistendo una definizione costituzionale espressa del concetto di matrimonio, è inevitabile concludere che la Legge Fondamentale ha proceduto a un recepimento del “concetto tradizionale del matrimonio come unione tra due persone di sesso diverso” (J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Costituzione della Repubblica Portoghese Commentata*, Vol. I, 4° ed., 2007, p.568), in altri termini ritagliando questo concetto come esigente la differenza di sesso dei nubendi, ma omettendo ogni riferimento all'orientamento sessuale.

37°

Indipendentemente dal determinare a partire da quale fonte o fonti fu recepito nella Costituzione il concetto di matrimonio, e astraendo finanche dalla questione di sapere se detto recepimento non ebbe per oggetto un concetto pre- o metagiuridico, si propone, dunque, alla Corte la questione di sapere se la differenza di sesso dei nubendi non corrisponda al concetto di matrimonio e, di riflesso, di famiglia, accolto nella Legge Fondamentale, sin dalla sua versione originaria.

38°

Ciò non significa, a ben vedere, sostenere che il concetto costituzionale di matrimonio si trovi “pietrificato” o debba corrispondere necessariamente al concetto di matrimonio accolto dal Codice Civile, il che renderebbe al limite incostituzionale ogni e qualsivoglia modifica introdotta in questo Codice.

39°

Ciò che va chiarito è, questo senz'altro, quale elemento o elementi del concetto di matrimonio integrano – e devono integrare – la nozione di matrimonio alla luce della Costituzione.

40°

Da qui l'interrogativo che si propone alla Corte circa il contenuto e la portata della nozione costituzionale di famiglia, ugualmente accolta nell'art.36, comma 1, in modo da indagarsi, stavolta sotto un altro profilo, la conformità alla Legge Fondamentale della scelta del legislatore scolpita nella nuova redazione dell'art.1577

del Codice Civile.

41°

Le considerazioni di cui sopra si applicano, *mutatis mutandis*, alle altre norme che costituiscono l'oggetto dell'istanza, ossia l'art.1 e l'art.2 del Decreto n.9/XI, questo nella misura in cui modifica il testo dell'art.1591 del Codice Civile, così come gli artt. 4 e 5 dello stesso Decreto, fermo restando il riconoscimento di un limite alla libertà discrezionale del legislatore nella modulazione del disvalore del matrimonio celebrato tra persone dello stesso sesso (art.1628 lett. e del Codice Civile) e, allo stesso modo, fermo restando il riconoscimento della natura meramente accessoria, strumentale e interpretativa dell'art.5 del Decreto n.9/XI.

42°

Si conclude, dunque, che esistono fondati dubbi sulla costituzionalità materiale delle norme oggetto dell'istanza, per violazione del contenuto essenziale della garanzia costituzionale insita nel concetto di matrimonio accolto dalla Costituzione.

Per quanto suesposto, si richiede, ai sensi del comma 1 dell'art.278 della Costituzione della Repubblica così come dell'art.51, comma 1 e dell'art.57, comma 1 della Legge n.28/82 del 15 novembre, il controllo preventivo di costituzionalità delle norme degli artt.1 e 2 nella misura in cui modificano il testo degli artt.1577, 1591 e 1690 del Codice Civile, degli artt.4 e 5 del Decreto n.9/XI, per violazione dell'art.36, comma 1 della Costituzione.

3. Notificato perché si pronunciasse sull'istanza, nei termini dell'art.54 della LTC, il Presidente dell'Assemblea della Repubblica si è rimesso al prudente apprezzamento della Corte.

II) Motivi

4. Contenendo il Decreto rimesso alla Presidenza della Repubblica per la promulgazione un precetto relativo all'adozione (l'art.3 del Decreto) e alludendo l'esposizione delle premesse (cfr. n.14 dell'istanza) alla sua eventuale incostituzionalità, l'istante sottolinea, tuttavia, che solo le altre norme sono oggetto dell'istanza di controllo preventivo (n.6 e n.42). Resta, dunque, fuori dall'oggetto della valutazione da parte della Corte l'art.3 del Decreto n.9/XI dell'Assemblea della Repubblica, come anche la parte finale dell'art.5 che rimanda al disposto di



quell'altro precetto.

D'altro canto, sebbene l'oggetto dell'istanza di controllo preventivo sia costituito da diverse norme, soltanto una (o soltanto un effetto normativo) è veramente in discussione: l'art.1, laddove permette il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il resto è il riflettersi di questa scelta legislativa negli indicati precetti del Codice Civile e una norma integrativa dell'ordinamento giuridico, che impone di interpretare tutte le disposizioni di legge relative al matrimonio e ai suoi effetti (eccezion fatta per quelle che riguardano la materia dell'adozione) alla luce della nuova soluzione normativa.

Si deve, inoltre, notare che oggetto della nuova regolamentazione è il "matrimonio civile" e non il matrimonio cattolico o il matrimonio celebrato secondo i riti di altra religione, tendo conto della Legge sulla Libertà Religiosa (Legge n.16 del 22 giugno 2001) e le modifiche introdotte nel Codice dello Stato Civile dal Decreto-Legge n.324/2007, del 28 settembre. Né importa in questa sede definire il nostro sistema matrimoniale con la questione se il matrimonio cattolico sia ammesso nel diritto portoghese come altra forma di celebrazione o, ancor di più, come un diverso istituto (sulla questione, con posizioni contrastanti, si veda FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Corso di diritto di Famiglia*, Vol.I, 4° ed., pagg.186 e ss.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Costituzione della Repubblica Portoghese Commentata*, 4° Ed., pag. 563).

5. L'istanza fa riferimento a una ipotetica violazione del principio di uguaglianza che potrebbe risultare dalla configurazione ora data all'istituto del matrimonio dal Decreto n°9/XI contemplando la relazione omosessuale e non conferendo identico trattamento ad altre forme possibili di orientamento sessuale. Non venendo quest'argomentazione sviluppata e non intravedendosi che forme concrete di orientamento sessuale siano tenute presenti e possano assumere rilevanza nel pubblico tanto da giustificare la considerazione del legislatore, non ci sono le condizioni perché la Corte valuti questa argomentazione. Il fulcro della modifica legislativa che giustifica la questione di costituzionalità è l'identità o la diversità di sesso dei coniugi. Ai fini di questa questione di costituzionalità non interessano tutte le differenze e le varietà che possano esistere nelle manifestazioni etero od omosessuali e le rispettive conseguenze giuridiche, ma soltanto che due persone dello stesso sesso possano sposarsi.

Da'altro canto non appare necessario procedere alla esplicitazione o al chiarimento del concetto di "orientamento sessuale", in particolare in quanto "categoria sospetta" agli effetti della proibizione contenuta nell'art.13, comma 2 della Costituzione. L'orientamento sessuale che rileva nel contesto della norma in questione è l'inclinazione verso l'unione con una persona dello stesso sesso biologico o genetico. Nel contesto della scelta normativa in esame, la componente morfologica, psicologica e sociale dell'identità sessuale e della conseguente determinazione giuridica del genere perde rilevanza problematica. Agli effetti dell'applicazione delle norme in questione (cioè dell'esistenza o validità del matrimonio e solo relativamente a questo aspetto, ma

solo quello qui rileva), non interessa sapere come devono essere affrontate le situazioni relative alla transessualità, cioè a quale delle identità si deve fare riferimento in caso di difformità tra l'identità genetica e il genere risultante dallo Stato Civile, perché quella determinazione del sesso dei nubendi non influisce più sul diritto di contrarre matrimonio. Tuttavia, si noti che, per chi consideri che dopo l'intervento di riattribuzione sessuale, è possibile far riconoscere giudizialmente la nuova identità di genere con le conseguenze inerenti, già oggi la legge consentirebbe il matrimonio tra persone dello stesso sesso biologico, a meno che, anche per questo effetto, non si introducesse una restrizione alla rilevanza del cambiamento di sesso (cfr., *Christine Goodwin c. Regno Unito*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 11 luglio 2002, n. 28957/95).

6. La modifica legislativa sottoposta a controllo inciderà immediatamente sul concetto di matrimonio, attualmente definito dall'art.1577 del Codice Civile come "il contratto stipulato tra due persone di sesso diverso che intendono costituire una famiglia mediante una piena comunione di vita, secondo le disposizioni del presente Codice". Da altre disposizioni del Codice si deduce che la "piena comunione di vita" è caratterizzata dal vincolo reciproco dei coniugi ai doveri di rispetto, fedeltà, coabitazione cooperazione e assistenza (art.1672 c.c.), dall'esclusività (art.1601, lett. c), del Codice Civile) e dal carattere tendenzialmente o presuntivamente perpetuo, ferma restando la possibilità di divorzio (artt.1618, comma 2, e 1773 del Codice Civile).

Nella disciplina giuridica vigente, la diversità di sesso tra i nubendi (e, di conseguenza, tra i coniugi) costituisce un presupposto necessario e un requisito essenziale del matrimonio. Se i coniugi fossero dello stesso sesso, il matrimonio sarebbe giuridicamente inesistente (art.1628, lett. e), del Codice Civile).

È questa caratteristica della diversità dei sessi tra i coniugi, l'esigenza insuperabile che il matrimonio si celebri tra un uomo e una donna, da sempre vigente nell'ordinamento giuridico portoghese, con alcune recenti eccezioni di cui si dirà, nella generalità degli ordinamenti giuridici della stessa area culturale, che l'iniziativa legislativa ha di recente accantonato.

Alla luce della Costituzione della Repubblica Portoghese si possono congetturare tre risposte alternative, che hanno avuto effettivo seguito in dottrina, circa la possibilità che due persone dello stesso sesso contraessero matrimonio tra loro (cfr. con indicazione dei diversi autori portoghesi che sostengono ognuna di esse, DUARTE SANTOS, *Cambiano i tempi, Cambiano i matrimoni. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso e il diritto portoghese*, pagg. 283 e ss.): **a)** il matrimonio tra persone dello stesso sesso è una esigenza costituzionale; **b)** il matrimonio tra persone dello stesso sesso è costituzionalmente proibito; **c)** il matrimonio tra persone dello stesso sesso può essere riconosciuto dal legislatore ordinario.

Nell'istanza si sostiene l'orientamento enunciato per secondo, considerandosi la prima ipotesi spazzata via dalla giurisprudenza consolidatasi nella sent.359/2009 (disponibile su www.tribunalconstitucional.pt) che interpreta nel senso che la Costituzione non impone la previsione legale del matrimonio tra persone dello stesso sesso, essendo legittima sia la sua proibizione pura e semplice, sia la previsione di regimi differenziati. È soltanto questa



interpretazione, secondo la quale l'art.36 della Costituzione non permetterebbe che il legislatore ordinario preveda la possibilità di matrimonio tra due persone dello stesso sesso, quella il cui fondamento occorre verificare, al fine di confrontare con esso le norme che costituiscono oggetto dell'istanza, se quell'interpretazione merita accoglimento.

7. Le questioni dei modi e dell'ambito di protezione, riconoscimento e legittimazione delle situazioni di vita in comune tra persone dello stesso sesso hanno fatto irruzione negli ultimi tre o quattro decenni, con una insistenza via via crescente, sia nell'ordinamento giuridico portoghese sia in altri Paesi della stessa area di civiltà e cultura giuridica, sia nelle istanze internazionali di cui il Portogallo fa parte e hanno trovato risposte mutevoli e alternative delle quali è utile dar conto sinteticamente. Infatti, non c'è dubbio che in materie che hanno a che vedere con problemi umani tanto universali come quelli relativi alla pretesa di tutela giuridica della relazione omosessuale, potrà essere interessante sapere quello che succede nell'ambito di altre esperienze giuridiche e (senza perdere il senso dell'autonomia di ogni sistema giuridico) trarne eventualmente delle conclusioni, specialmente quando sia possibile dedurre principi giuridici comuni da tali esperienze (sull'importanza del diritto comparato nel campo della giurisdizione costituzionale si veda ROMANO ORRU', *La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese*, Napoli, 2006). Sotto questo aspetto, occorre riprendere essenzialmente ciò che la Corte recentemente ha affermato nella sentenza 359/2009 nella quale ha affrontato, per la prima volta, la questione costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso, pur incidendo sulla soluzione normativa opposta a quella che adesso si valuta.
8. L'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa è stata pioniera nella difesa della situazione giuridica degli omosessuali: Nella *Risoluzione 756*, del primo ottobre del 1981, invitò l'Organizzazione Mondiale della Sanità a eliminare dal novero delle malattie l'omosessualità, e nella *Raccomandazione 924*, della stessa data, chiese al Comitato dei Ministri di esortare gli Stati membri, in cui gli atti omosessuali tra adulti consenzienti erano passibili di essere perseguiti penalmente, ad abolire quelle leggi e prassi, ad applicare la stessa età minima per il consenso agli atti omosessuali ed eterosessuali, e ad invitare gli Stati membri a ordinare la distruzione dei dossier speciali esistenti sugli omosessuali e ad abolire la pratica di predisporre siffatti dossier; ad assicurare la parità di trattamento degli omosessuali in materia di lavoro, retribuzione e sicurezza sul lavoro, specialmente nel settore pubblico, a esigere l'interruzione di ogni trattamento o indagine medica obbligatoria destinata a modificare le inclinazioni sessuali degli adulti, ad assicurare che la potestà, il diritto di visita o l'accoglimento in casa dei figli da parte dei genitori non fossero limitati a causa delle inclinazioni omosessuali di uno di essi, a esigere i diritti carcerari e da altre autorità la vigilanza contro il rischio di violazioni, atti di violenza e delitti sessuali all'interno delle carceri (cfr. *Risoluzione 756* (1981) e *Raccomandazione 924*

(1981), disponibili come le altre citate su <http://assembly.coe.int/>).

Direttamente in relazione con l'unione tra persone dello stesso sesso emise due importanti *Raccomandazioni*: la *Raccomandazione* 1470, del 30 giugno 2000 e la *Raccomandazione* 1974, del 26 settembre 2000. Nella *Raccomandazione* 1470, preoccupata del fatto che le politiche di immigrazione della maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa fossero discriminatorie per gli omosessuali, raccomandò al Comitato dei ministri che esigesse dagli Stati membri: *“La revisione delle rispettive politiche in materia di diritti sociali e protezione dei migranti in modo che le coppie e le famiglie omosessuali fossero trattate alla stessa maniera delle coppie e delle famiglie eterosessuali; l'adozione delle misure necessarie perché le coppie omosessuali bi-nazionali beneficiassero degli stessi diritti in materia di residenza delle coppie eterosessuali; la creazione di organizzazioni non governative di difesa dei diritti dei rifugiati, dei migranti e delle coppie omosessuali bi-nazionali(...)”*; nella *Raccomandazione* 1974, raccomanda al Consiglio dei Ministri *“l'inclusione dell'orientamento sessuale nel complesso dei fattori di discriminazione proibiti dalla CEDU, così come l'Assemblea Parlamentare aveva fatto nel suo Parere n. 216 (2000) (...) e invita gli Stati membri: a includere l'orientamento sessuale tra i motivi di discriminazione proibiti dalle rispettive legislazioni; (...) ad adottare una legislazione che preveda l'unione registrata (...)”*. Nella risposta, il 19 settembre del 2001, il Comitato dei Ministri si pronunciò contro l'inclusione dell'espressione 'orientamento sessuale' nella CEDU, ma accettò tutte le altre misure.

Già nel 2007, nella Risoluzione 1547, del 18 aprile 2007, sulla “situazione dei diritti dell'uomo e della democrazia in Europa”, l'assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa invitava gli Stati Membri a lottare efficacemente contro tutte le forme di discriminazione basate sul genere o sull'orientamento sessuale e, in questo contesto, a approvare una legislazione antidiscriminatoria , in particolare il riconoscimento legale delle unioni tra persone dello stesso sesso.

9. Ai sensi dell'art.12 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, del 4 aprile del 1950, *“A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di questo diritto”*. In materia di uguaglianza, l'art.14 della Convenzione stabilisce che *“il godimento dei diritti e libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza distinzioni di qualsivoglia natura, siano esse basate sul sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni politiche o altre, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, condizioni economiche, la nascita o qualsiasi altra situazione.”*

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha prodotto copiosa giurisprudenza nel senso di rimuovere discriminazioni per ragioni di orientamento sessuale: nei casi *Dudgeon c. Regno Unito*, sent. del 22.10.1981, *Norris c. Irlanda*, sent. del 26.10.1988, *Modinos c. Cipro*, sent. del 22.04.1993, e *A. D. T c. Regno Unito*, del 31.07.2000 (tutte disponibili come le altre citate su <http://cmiskpechr.coe.int/>), la Corte ha ritenuto che la punizione delle pratiche omosessuali liberamente consentite tra adulti violi il diritto alla vita privata previsto dall'art.8 della CEDU e



costituisce una violazione del principio di non discriminazione previsto dall'art.14 della stessa Convenzione (nel caso *A. D. T c. Regno Unito*, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è astenuta dal conoscere della violazione dell'art.14, limitando la sua analisi all'art.8). Nei casi *Smith e Grady c. Regno Unito* e *Lustig Preen e Beckett c. Regno Unito*, sentenze del 27.09.1999, furono giudicate lesive del diritto alla riservatezza della vita privata sancito dall'art.8 della CEDU le norme, ricorrenti dei codici di giustizia militare britannici, che punivano le pratiche omosessuali tra militari. Nel caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, sent. del 21.12.1999, la Corte ha dichiarato che la negazione da parte di un tribunale portoghese di affidare la custodia della propria figlia a un genitore omosessuale, a causa di quella condizione, viola i diritti alla vita privata e familiare (cfr. art.8 della CEDU) e il principio di uguaglianza e di non discriminazione (cfr. art.14 della CEDU). Nei casi *L. e V. c. Austria e S. e L. c. Austria*, tutti del 09.01.2003, è stata riconosciuta la mancanza di qualsivoglia giustificazione oggettiva e razionale per il mantenimento di una età superiore relativa al consenso per gli atti omosessuali rispetto agli atti eterosessuali, considerando lesive dell'art.14 della CEDU le condanne che erano state pronunciate ai sensi del paragrafo 209 del Codice Penale austriaco; nel caso *Baczowski e altri c. Polonia*, sent. del 03.05.2007, a proposito del rigetto delle istanze di autorizzazione delle manifestazioni LGBT da parte delle autorità municipali di Varsavia, la Corte ha stabilito, alla luce delle circostanze del caso concreto, che si era verificata una situazione di discriminazione per ragioni di orientamento sessuale (cfr. art.14 CEDU) unitamente alla violazione delle libertà di manifestazione e riunione previste dall'art.11 della Convenzione; nel caso *E. B. c. Francia*, sent. del 22.01.2008, la Corte ha deciso che il rifiuto da parte delle autorità di uno Stato membro (nel caso concreto la Francia) di accettare la candidatura di un omosessuale (in quel caso, una donna) in un procedimento di adozione da parte di single a causa di quella condizione comporta una discriminazione per ragioni di orientamento sessuale (cfr. art.8 e 14 CEDU).

Il diritto di sposarsi e di formare una famiglia viene riconosciuto nell'art.12 della CEDU e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha interpretato il matrimonio come una unione tra un uomo e una donna, sebbene questa definizione non sia stata sempre costante.

Così nel caso *Rees c. Regno Unito*, del 10 ottobre 1986, la Corte ha affermato che “*nel garantire il diritto di sposarsi, l'art.12 della CEDU considera il matrimonio tra due persone di sesso biologico differente. Il suo tenore lo conferma: risulta da questo articolo che il suo obiettivo consiste essenzialmente nel proteggere il matrimonio in quanto fondamento della famiglia*” (cfr. par.49). Questo orientamento sarebbe stato confermato nei casi *Cossey c. Regno Unito*, del 27 settembre 1990 (cfr. par.43) e *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, del 30 luglio 1998 (cfr. par.60).

Questa giurisprudenza ha conosciuto in seguito un *distinguo*, in materia di transessualità, con il caso *Christine Goodwin c. Regno Unito*, dell'11 luglio 2002. In questa decisione la Corte non ha mantenuto il riferimento alla differenza di sesso biologico per definire il matrimonio, affermando quanto segue: “*Riesaminando la situazione nel 2002, la Corte ha fatto notare che nell'art.12 si trova garantito il diritto fondamentale, per un uomo e una donna, di sposarsi e di costituire una famiglia. Tuttavia, il secondo aspetto non è una condizione del primo e l'incapacità di una coppia di concepire o generare un figlio non sarebbe in sé sufficiente per privarla del diritto riconosciuto*

dalla prima parte della disposizione in questione” (cfr. par.98). La Corte ha affermato ancora che “dall’adozione della Convenzione, l’istituto del matrimonio è stato profondamente influenzato dall’evoluzione della società, e i progressi della medicina e della scienza hanno portato cambiamenti radicali nel campo della transessualità.(...). Di altri fattori si deve tener conto: il riconoscimento da parte della comunità medica e delle autorità sanitarie negli Stati contraenti dello stato medico di disturbo dell’identità sessuale, la disponibilità di trattamenti, compresi interventi chirurgici, destinati a permettere alla persona in questione di avvicinarsi quanto più è possibile al sesso al quale sente di appartenere, l’adozione da parte di questa del ruolo sociale del suo nuovo sesso. La Corte nota parimenti che il testo dell’art.9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea recentemente adottata si allontana – e su questo punto non si può non pronunciare – dal testo dell’art.12 della Convenzione, nella misura in cui esclude il riferimento all’uomo e alla donna” (cfr. par.100).

D’altro canto, nella decisione di rigetto del 10 maggio 2001, pronunciata nel caso *Mata Estevez c. Spagna*, la Corte ha affermato che “secondo la giurisprudenza costante degli organi della Convenzione, le relazioni omosessuali durature tra due uomini non rilevano ai fini del diritto al rispetto della vita familiare protetta dall’art.8 della Convenzione (cfr. n.9369/81, dec. 03.05.1983, DR 32, p.220; n.11716/85, dec. 14.05.1986, DR 47, p.274). La Corte considera che indipendentemente dalla evoluzione verificatasi in diversi Stati europei tendente al riconoscimento legale e giuridico delle unioni di fatto stabili tra omosessuali, si tratta di un campo in cui gli Stati contraenti, in assenza di un denominatore comune ampiamente condiviso, godono ancora di un ampio margine di discrezionalità (cfr., *mutatis mutandis*, i casi *Cossey c. Regno Unito*, del 27 settembre 1990, serie n.184, pag.16, par. 40 e, in senso contrario, *Smith e Grady c. Regno Unito*, n.33985/96 e 33986/96, par.104, CEDU 1999-VI). Di conseguenza, il legame del ricorrente con il suo compagno, oggi scomparso, non rileva ai fini dell’art.8, nella misura in cui questa disposizione protegge il diritto al rispetto della vita familiare”.

Nel caso *Karner c. Austria* del 24 luglio 2003, la Corte ha ritenuto che “l’obiettivo consistente nel proteggere la famiglia nel senso tradizionale del termine è sufficientemente astratto e una grande varietà di misure concrete può essere utilizzata per realizzarlo. Quando il margine di discrezionalità lasciata agli Stati è stretto, per esempio nel caso di una differenza di trattamento fondata sul sesso o sull’orientamento sessuale, non solo il principio di proporzionalità esige che la misura adottata sia normalmente di natura tale da permettere la realizzazione dell’obiettivo preteso, ma obbliga anche a dimostrare che era necessario, per raggiungere tale fine, escludere certe persone -nel caso gli individui che vivono una relazione omosessuale – dal campo di applicazione della misura in questione – l’art.14 della legge sulle locazioni. La Corte prende atto che il Governo non ha presentato argomentazioni che permettessero di giungere a una tale conclusione” (cfr. par.41).

10. La prima volta che un organo comunitario si è pronunciato sui diritti degli omosessuali è stato attraverso la Risoluzione del Parlamento Europeo, del 13 marzo del 1984, relativa alle discriminazioni sessuali sul posto di lavoro, nella quale ha espresso preoccupazioni identiche a quelle riferite dall’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’ Europa nella *Raccomandazione* 924 (1981) (JO C 104, 16.04.1984, pp.6



e ss.).

Nel 1993, in una Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nella Comunità Europea il Parlamento Europeo espresse la sua preoccupazione dinnanzi alle discriminazioni o alle manifestazioni di emarginazione dirette contro persone che presentano aspetti di diversità, specialmente quelle che appartengono a una minoranza sessuale (JO C105, 26.04.1993, pp.178 e ss.).

Nel 1994, in seguito a un Rapporto sulla parità dei diritti degli uomini e delle donne nella Comunità Europea (*Rapporto Roth*) redatto dalla Commissione per le Libertà e gli Affari Interni del Parlamento Europeo, fu approvata da quest'organo la Risoluzione dell'8 febbraio 1994 che difendeva la parità di trattamento tra tutti i cittadini indipendentemente dal loro orientamento sessuale e, considerando compito della Comunità Europea promuovere questa parità, il Parlamento Europeo esortava gli Stati membri ad agire nel senso di porre fine ai trattamenti discriminatori e a promuovere l'integrazione degli uomini e delle donne omosessuali nella società e sollecitava la Commissione delle Comunità Europee a presentare un progetto di Raccomandazione, nella quale si sarebbe dovuto, almeno, mettere fine alla *“esclusione delle coppie omosessuali dall'istituto del matrimonio o da un inquadramento giuridico equivalente, che deve salvaguardare allo stesso modo tutti i diritti e i benefici del matrimonio, compresa la possibilità di registrazione delle unioni”* e a *“ogni e qualsivoglia restrizione imposta ai diritti che competono agli uomini e alle donne omosessuali per quanto riguarda la genitorialità, l'adozione o l'educazione della prole”* (JO C 61, 28.02.1994, pp.40 e ss.).

Nel 1997, il Parlamento europeo ha adottato una nuova Risoluzione, insistendo sull'idea che *“il mancato riconoscimento legale delle coppie dello stesso sesso nell'ambito dell'Unione costituisce una discriminazione, in particolare alla luce del diritto alla libera circolazione e del diritto al ricongiungimento familiare”* (JO C 132, 28.04.1997, pp.31 e ss., § 137).

Meritano, ancora, di essere poste in evidenza le Risoluzioni: - del 1998, in cui il Parlamento europeo invita tutti gli Stati Membri a riconoscere la legalità dei diritti degli omosessuali, in particolare attraverso l'introduzione, nei paesi in cui ancora non fossero stati adottati, dei contratti di unione civile, con l'obiettivo di sopprimere tutte le forme di discriminazione delle quali sono ancora vittima gli omosessuali, in particolare in materia di diritto tributario, regimi patrimoniali, diritti sociali ecc. (cfr. *Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea* (1996), 17.02.1998, in JO C 80, 16.03.1998, p.50, § 67 e 68); - del 2000, in cui sprona gli Stati membri ad adottare politiche di equiparazione tra unioni eterosessuali e omosessuali, in particolare, a garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non unite in matrimonio e a quelle dello stesso sesso la parità di diritti con le coppie e le famiglie tradizionali, in particolare per quanto riguarda gli aspetti tributari, i regimi patrimoniali e i diritti sociali, ed esorta tutti gli Stati in cui non esista ancora quel riconoscimento giuridico, a modificare la loro legislazione nel senso del riconoscimento giuridico delle unioni senza vincoli matrimoniali indipendentemente dal sesso degli interessati, dichiarando esser necessario conseguire rapidamente progressi per quanto riguarda il mutuo riconoscimento nell'Unione europea di queste diverse forme legali di unioni di fatto e di matrimoni tra persone

dello stesso sesso (cfr. *Risoluzione sul rispetto dei Diritti dell'Uomo nell'Unione Europea* (1998-1999), 16.03.2000, in JO C 377, 29.12.2000, pp.344 e ss., § 56 e 57); e -del 2001 e del 2003, sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea (in JO C 65 E, 14.03.2002, e JO C 38 E, 12.02.2004 nel senso di raccomandare agli Stati membri di modificare la loro legislazione con riguardo al riconoscimento delle unioni di fatto tra persone dello stesso sesso o di sesso diverso e di attribuire loro uguali diritti. [Per una descrizione più dettagliata di questa materia vedasi, tra gli altri, DUARTE SANTOS, op. cit., pp. 99-121].

11. Si possono riferire, ancora, per l'utilità di una comprensione globale del problema, indipendentemente dal fatto che la materia del diritto di famiglia non è di competenza dell'Unione europea, le seguenti decisioni della Corte di Giustizia:

Nella sentenza del 17 febbraio 1998 (pronunciata nel procedimento n. C-249/96, *Lisa Jaqueline Grant c. South- West Trains LTD.*), la Corte ha dichiarato che “*il rifiuto da parte di una società di concedere una riduzione del prezzo del trasporto a favore della persona, dello stesso sesso, con la quale il lavoratore intrattiene una relazione stabile, quando la riduzione è concessa a favore del coniuge del lavoratore o a persona di sesso opposto, con la quale costui intrattiene una relazione stabile senza essere sposato, non costituisce una discriminazione proibita dall'art.119 del Trattato e dalla direttiva 75/117*”.

La Corte di Giustizia ha considerato che “*allo stato attuale, il diritto comunitario non comprende una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, come quella che costituisce oggetto della lite nel giudizio principale*”, ma ha ammesso che in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, sarà possibile al Consiglio, alle condizioni previste nell'art. 6.A del Trattato CE, l'adozione delle misure necessarie all'eliminazione di diverse forme di discriminazione, in particolare quelle basate sull'orientamento sessuale.

Nella sentenza del 31 maggio 2001 (pronunciata nei giudizi connessi C-122/99 P e C-125/99 P; *Regno di Svezia e altri c. Consiglio dell'Unione europea*) ha conosciuto della questione se una decisione che privava un funzionario svedese di un vantaggio economico al quale avevano diritto i suoi colleghi sposati, basata solo sulla circostanza che il compagno con il quale viveva era dello stesso sesso, costituisse una discriminazione per ragioni di sesso contraria all'art.119 del Trattato. Secondo La Corte, “*il principio di parità di trattamento si può applicare solo a persone che si trovino in situazioni paragonabili, e si deve pertanto, indagare se la situazione di un funzionario che ha registrato una unione di fatto tra persone dello stesso sesso, come l'unione di fatto di diritto svedese contratta dal ricorrente, è paragonabile a quella di un funzionario sposato*”. Al fine di procedere a tal analisi, la Corte ha considerato che, come “*organo giurisdizionale comunitario*”, non poteva astrarre “*dalle concezioni dominanti nell'ambito della Comunità*”. Considerando la grande eterogeneità delle legislazioni e la mancanza di una equiparazione generale al matrimonio delle altre forme di unione legale, la Corte “*ha stabilito che il rilievo relativo alla violazione della parità di trattamento e a una discriminazione per ragioni di sesso non può essere accolto*”.

Nella sentenza del primo aprile 2008, pronunciata nel caso *Tadao Maruko c. Cassa di previdenza dei lavoratori tedeschi dello spettacolo* (Procedimento C-267/06) sull'istanza di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale Amministrativo della Baviera di Monaco, a proposito del



rifiuto della Cassa di Previdenza di concedere una prestazione di reversibilità al partner superstite di una unione registrata costituita ai sensi della *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG), del 16 febbraio 2001, fondata sulle disposizioni del contratto collettivo lavoratori dello spettacolo tedeschi, secondo il quale solo il coniuge superstite ha diritto a quel beneficio, la Corte di Giustizia ha stabilito che il combinato disposto degli artt.1 e 2 della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27.11.2000, che fissa un quadro generale sulla parità di trattamento nel lavoro e nell'attività professionale (JO L 303, 02.12.2000, pp.16 e ss.) contrasta con una legislazione in forza della quale, in seguito alla morte del suo compagno, il partner superstite non riceve una prestazione di reversibilità equivalente a quella concessa a un coniuge superstite, a prescindere dal fatto che, secondo il diritto nazionale, l'unione di fatto collochi le persone dello stesso sesso in una situazione paragonabile a quella dei coniugi, per quello che riguarda la prestazione di reversibilità in questione. Cionondimeno, in armonia con decisioni precedenti (cfr. Sentenze *Grant* e *D. c. Regno di Svezia*) la Corte ha stabilito che incombe all'organo giurisdizionale di rinvio verificare se un partner superstite si trova in una situazione paragonabile a quella di un coniuge beneficiario della prestazione di reversibilità prevista dal regime socio professionale delle pensioni gestiti dalla Cassa di Previdenza in questione.

12. Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, si deve inoltre tener presente:

- che il comma 1 dell'art.19 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea dispone: "Ferme restando le altre disposizioni del presente Trattato e nei limiti delle competenze che questo conferisce all'Unione, il Consiglio, con decisione unanime, su proposta della Commissione e sentito il Parlamento europeo, può adottare le misure necessarie per combattere la discriminazione per ragioni di sesso, razza o origine etnica, religione o credo, handicap, età o *orientamento sessuale*";

- che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) pubblicata, con modifiche, il 12.12.2007, in JO C 303, 14.12.2007) all'art.9 stabilisce sotto la rubrica "*diritto di contrarre matrimonio e costituire famiglia*", "*Il diritto di contrarre matrimonio e il diritto di costituire famiglia sono garantiti dalle legislazioni nazionali che ne regolano il rispettivo esercizio*".

A parte ciò, il comma 1 dell'art.21 della Carta proibisce ogni "*discriminazione, in particolare per ragioni di sesso, razza, colore o origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o credo, opinioni politiche o di altro genere, appartenenza a una minoranza nazionale, condizioni economiche, nascita, handicap, età od orientamento sessuale*".

13. Diversi sono i paesi d'Europa che hanno adottato misure legislative di riconoscimento e tutela giuridica delle unioni tra persone dello stesso sesso. In alcuni di essi, un tal intervento è consistito nella introduzione di un regime di "unione civile" tra persone dello stesso sesso o *partnership* di vita registrata, che ha comportato il riconoscimento di gran parte dei diritti e doveri del matrimonio. In altri, si è proceduto a una vera e propria ridefinizione del concetto di matrimonio, in modo da ricomprendere le unioni di persone dello stesso sesso, come è avvenuto in Olanda nel 2001, in Belgio nel 2003, in Spagna nel 2005 e più di recente in Norvegia e in Svezia.

Così:

13.1. Paesi con unione civile registrata

Il primo paese a introdurre un regime di unione civile tra persone dello stesso sesso, con effetti sostanzialmente analoghi a quelli del matrimonio, fu la Danimarca nel 1989 (Lov om registeret partneska n.372 del 07.06.1989).

Il “modello scandinavo”, così conosciuto perché venne a essere adottato da altri paesi nordici – la Norvegia nel 1993, la Svezia nel 1994, l’Islanda nel 1996 e la Finlandia nel 2001 – riserva esclusivamente alle coppie omosessuali l’accesso all’unione registrata.

Si tratta dell’introduzione di una disciplina giuridica specificamente diretta a regolare le unioni durature tra persone dello stesso sesso che presenta somiglianze con il matrimonio, in particolare per quanto riguarda i requisiti di capacità e impedimenti, le formalità del contratto preliminare, la necessità di registrazione dell’atto, il diritto al nome, la previsione dell’obbligo degli alimenti, la responsabilità per debiti contratti in costanza del rapporto, il regime dei beni, la potestà genitoriale, lo scioglimento del rapporto in vita e i diritti successori, così come nelle materie relative al diritto di residenza e acquisto della nazionalità, di previdenza sociale e diritti sindacali e così via.

Neppure la Germania consente il matrimonio tra persone dello stesso sesso, essendo stato adottato un regime di unione registrata mediante la *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG), del 16 febbraio 2001, riservata solo alle unioni tra due persone dello stesso sesso e che coincide in larga misura con le soluzioni del modello scandinavo. Si deve evidenziare che la LPartG fu sottoposta al vaglio di costituzionalità per violazione dell’art.6 par.1 della Legge Fondamentale che garantisce il diritto di costituire una famiglia e contrarre matrimonio, così come per una possibile violazione del principio di uguaglianza. La Corte Costituzionale Federale, con decisione datata 17-07-2002, si pronunciò per la non incostituzionalità della legge, come si avrà modo di approfondire più avanti.

Anche il Regno Unito ha introdotto nel proprio ordinamento la figura dell’unione registrata in seguito all’approvazione del *Civil Partnership Act* del 17 novembre 2004. Grazie alle somiglianze che presenta con la disciplina del matrimonio si è affermato che si tratterebbe di “matrimonio in tutto e per tutto tranne che nel nome”, mentre altri hanno affermato non esserci “differenza legale tra una civil partnership e un matrimonio”, anche se un’altra fonte, per quanto riguarda la natura della *Civil Partnership*, ha affermato con enfasi che il matrimonio tra persone dello stesso sesso è una “contraddizione in termini” (le dichiarazioni e i loro autori sono contenute in Stephen Cretney, *Same sex relationships. From “odious crime” to “gay marriage”*, pp. 16-19).

La Svizzera, – con la *Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe* (LPart) – approvata il 18 giugno del 2004 dalle due Camere del Parlamento federale, ratificata attraverso il referendum nazionale del 5 giugno 2005 ed in vigore dal primo gennaio 2007, ha introdotto uno statuto vero e proprio per le unioni tra persone dello stesso sesso.

La Francia ha adottato il *Pacte civil de Solidarité* (PACS) – Legge n.99-944, del 15 novembre – contratto la cui disciplina si trova essenzialmente regolata nel Titolo XII del Libro I del Codice Civile, artt. da 515-1 a 515-7. La disciplina è basata su regole proprie, di natura contrattuale,



che mirano a stabilire una “comunione di vita al di fuori del matrimonio” ricomprendendo unioni omosessuali ed eterosessuali (cfr art.515-1). Il PACS intende conferire ai partner uno *status* che senza confondersi con quello del matrimonio, mira ad assicurare alcuni dei diritti derivanti dall’unione matrimoniale.

Perché sia produttivo di effetti giuridici e sia opponibile a terzi, le parti devono manifestare nella cancelleria del *tribunal d’instance* del luogo di residenza comune, la loro volontà di stipulare il PACS, dove il funzionario procede alla registrazione. 13.2 Matrimonio tra persone dello stesso sesso.

L’Olanda è stato il primo paese a riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, in virtù della legge del 21 dicembre 2000, entrata in vigore il primo aprile 2001, venendo il codice civile a stabilire che “il matrimonio può esser celebrato tra due persone di sesso differente o dello stesso sesso”. La modifica fu giustificata, nella proposta di legge, facendo leva sul principio di parità di trattamento, essendo il matrimonio un simbolo con un significato speciale, che costituisce una forma essenziale di impegno tra due persone.

Il Belgio, che già comprendeva nel suo ordinamento la figura della “*cohabitation légale*”, aprì le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso con la legge del 13 febbraio 2003. Il nuovo art.143 lett.1 del Codice Civile stabilisce quanto segue: “Due persone di sesso diverso o dello stesso sesso possono contrarre matrimonio”. Le norme relative ai requisiti, forma, scioglimento, diritti e obblighi divennero applicabili a tutti i matrimoni, indipendentemente dal sesso dei coniugi. Nella relazione che accompagnò la proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati, il Governo ritenne di non avere sufficienti motivi per vietare alle coppie omosessuali l’accesso a un istituto che porta con sé tutto un simbolismo che si riflette necessariamente nell’attribuzione di un complesso di diritti e di doveri e in un riconoscimento sociale che non è compatibile con l’esclusione di un determinato gruppo.

Nel caso della Spagna, l’ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso risulta dalla Legge n.13, del primo luglio 2005, che ha modificato il Codice Civile in materia di diritto a contrarre matrimonio, sancendo il principio che il matrimonio esige gli stessi requisiti e produce gli stessi effetti siano i contraenti dello stesso sesso o di sesso differente.

Infine, si deve ancora ricordare che nel 2009, la Norvegia e la Svezia, i cui ordinamenti riconoscevano l’unione civile registrata, sono passate a permettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

[Per una consultazione più dettagliata dei regimi adottati dai paesi europei in questa materia, con riferimenti relativi ai luogo di pubblicazione e alla consultazione, cfr. DUARTE SANTOS, op. cit. pp.123-176 e ancora “*Matrimonio e altre forme di vita in comune tra persone dello stesso sesso*”, Rapporto elaborato dalla Dipartimento di Informazione Legislativa dell’Assemblea della Repubblica nel maggio 2007, in *Julgar*, n.4, 2008, pp.223 e ss.].

14. In altri sistemi giuridici, nella spinta verso l’istituzionalizzazione delle unioni tra

persone dello stesso sesso, un ruolo fondamentale è stato svolto dalle decisioni giurisdizionali. E' quanto è avvenuto negli Stati Uniti d'America, Canada, Sudafrica, come viene riferito più dettagliatamente nella sentenza n.359/2009.

Dalla giurisprudenza dei tribunali degli Stati Uniti d'America, paese in cui è competenza dei singoli Stati definire i requisiti del matrimonio, appare opportuno evidenziare, ai fini del nostro discorso le seguenti decisioni:

La Corte Suprema delle Hawaii, agli inizi del 1993 (caso *Baehr c. Levin*) ha stabilito che la Costituzione dello Stato permetterebbe la limitazione del matrimonio alle coppie eterosessuali soltanto se lo Stato potesse dimostrare interessi rilevanti che giustificano l'esclusione degli omosessuali (*compelling interest*). Tuttavia, la Costituzione dello Stato fu riformata, permettendo così al legislatore ordinario di riservare il matrimonio alle coppie di sesso differente (*opposite-sex couple*).

In seguito, la Corte Suprema del Vermont, in una decisione del 1999 (cfr. *Baker c. Stato*, del 20 dicembre 1999) ha stabilito che il principio di uguaglianza proibiva l'esclusione degli omosessuali dai benefici e tutele associate al matrimonio, sostenendo anche che le disposizioni di legge sul matrimonio avrebbero dovuto essere mantenute in vigore per un periodo di tempo ragionevole, in modo da permettere che il potere legislativo adottasse una disciplina adeguata. In seguito a ciò, fu adottato un atto legislativo che introduceva un tipo di unione civile che assicurava alle coppie dello stesso sesso la stessa protezione che il matrimonio attribuiva alle coppie di sesso diverso.

Su di un piano differente si colloca la decisione della Corte Suprema dello Stato del Massachusetts del 2003, che sostiene che le garanzie di uguaglianza e di libertà tutelate dalla Costituzione dello Stato rendono incostituzionale il matrimonio solo fra un uomo e una donna, poiché non esiste una "base razionale" per sostenerlo. L'opinione della maggioranza, fatta propria da 4 su 7 giudici che l'hanno votata è nel senso che "il matrimonio è una istituzione sociale di importanza vitale. L'impegno esclusivo di due individui tra loro nutre l'amore e il sostegno reciproco; porta stabilità alla nostra società. Per coloro che scelgono di sposarsi, e per i loro figli, il matrimonio è foriero di copiosi benefici giuridici, economici e sociali. In cambio, impone pesanti obblighi giuridici, economici e sociali. La questione che abbiamo dinanzi è di sapere se, secondo la Costituzione del Massachusetts, la Comunità può negare le tutele, i benefici e gli obblighi conferiti dal matrimonio civile a due individui dello stesso sesso che intendono sposarsi. La nostra conclusione è che non può. La Costituzione del Massachusetts afferma la dignità e l'uguaglianza di tutti gli individui. Proibisce la creazione di cittadini di seconda classe. Per giungere a questa conclusione abbiamo preso in seria considerazione le argomentazioni avanzate dalla Comunità. Ma questa ha mancato di individuare una qualsiasi ragione costituzionalmente adeguata per negare il matrimonio civile alle coppie omosessuali".

Più recentemente, la Corte Suprema della California, nei casi *In re Marriage*, decisi il 15 maggio del 2008, ancora una volta con una maggioranza risicata, è giunta a riconoscere, per la seconda volta negli Stati Uniti d'America (dopo la decisione sul caso *Goodridge*), il diritto costituzionale degli omosessuali di sposarsi. La questione che la Corte Suprema è stata chiamata a



decidere, in uno Stato in cui agli omosessuali sono assicurati, attraverso un contratto tra persone dello stesso sesso denominato “*domestic partnership*”, essenzialmente gli stessi diritti che il matrimonio attribuisce agli eterosessuali, consiste nel sapere se “*in queste circostanze, la mancata denominazione della relazione ufficiale di una coppia omosessuale come matrimonio viola la Costituzione della California*”. Per rispondere a questa domanda, la Corte si poggia, principalmente, “sulla essenziale e sofferta trasformazione nella comprensione e nel trattamento giuridico degli individui e delle coppie omosessuali da parte di questo Stato. La California ha ripudiato le pratiche e le politiche del passato basate su una visione comune che screditava il panorama generale e la morale degli individui omosessuali e sulla base delle quali a un certo punto si giunse a caratterizzare l’omosessualità come una malattia, piuttosto che molto semplicemente una delle diverse variabili della nostra comune e diversa umanità”. Attualmente, al contrario, si riconosce che gli individui omosessuali hanno “*gli stessi diritti legali e lo stesso rispetto e dignità attribuiti a tutti gli altri individui e sono protetti dalla discriminazione basata sul loro orientamento sessuale, e più specificamente, si riconosce che gli individui omosessuali sono totalmente capaci di entrare in una relazione impegnata e duratura fondata sull’amore che può servire come base di una famiglia e di trattare ed educare responsabilmente la prole*”.

Si deve notare, tuttavia, che attraverso la consultazione popolare che ha avuto luogo il 4 novembre del 2008, è stata approvata la “*Proposition 8*” che ha introdotto un emendamento alla Costituzione dello Stato della California nel senso di prevedere il carattere eterosessuale del matrimonio.

E si deve mettere in evidenza che, se ci sono stati degli Stati che hanno approvato una legislazione che estende il matrimonio civile alle unioni tra due persone dello stesso sesso, si è verificata una reazione politica avversa al senso di questa corrente giurisprudenziale, sia a livello federale, ai primi del 1996, con il *Defense of Marriage Act* (DOMA), attraverso il quale si è inteso affermare la natura eterosessuale del matrimonio, sia attraverso la modifica delle Costituzioni in diversi Stati, sia proibendo il matrimonio tra persone dello stesso sesso, oppure il riconoscimento dei matrimoni di questo tipo permessi negli altri Stati (cfr. DUARTE SANTOS, op. cit., pp.187-201).

In Canada, il Governo ha portato dinnanzi alla Corte Suprema la questione dell’estensione del matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, in seguito ad alcune decisioni di tribunali provinciali. Attraverso la decisione *Reference re Same- sex Marriage*, del 9 dicembre 2004, la Corte Suprema del Canada ha stabilito che l’estensione del diritto al matrimonio civile alle persone dello stesso sesso non solo era compatibile con la Sezione 15 della Carta dei Diritti e delle Libertà, ma discendeva direttamente da essa. Richiamandosi agli atti del caso *Hyde c. Hyde* del 1866, secondo cui “*il matrimonio, così come inteso nella Cristianità, può a tal fine definirsi come unione volontaria per la vita di un uomo e di una donna, con esclusione di tutti gli altri*”, la Corte ha affermato che “*il riferimento alla Cristianità è illuminante: Hyde si rivolgeva a una società con valori sociali condivisi, nella quale si pensava che il matrimonio e la religione fossero inseparabili. Ormai non è più così. Il Canada è una società pluralista. Il matrimonio, dal punto di vista dello Stato, è una istituzione civile. Il ragionare per “concetti pietrificati” è contrario a uno dei più*

importanti principi dell'interpretazione costituzionale canadese: quello secondo cui la nostra Costituzione è un albero vivente che, attraverso un'interpretazione progressiva, si adatta e si rivolge alle realtà della vita moderna".

In seguito si è giunti all'approvazione del *Civil Marriage Act*, del 20 luglio 2005, che ha riformulato la definizione di matrimonio civile che è divenuta *"l'unione legittima di due persone con l'esclusione di qualunque altra"*.

15. Tra le giurisdizioni affini, meritano di essere evidenziate la decisione della Corte Costituzionale Federale tedesca del 17 luglio 2002, relativa alla costituzionalità della *Lebenspartnerschaftsgesetz* (legge sulle unioni civili) e la sentenza n.159/2004 della Corte Costituzionale del Belgio, del 20 ottobre 2004, relativa alla costituzionalità della legge 13 febbraio del 2003, che permette il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Secondo la sentenza della Corte Costituzionale Tedesca: *"La Legge Fondamentale non contiene al suo interno nessuna definizione di matrimonio, ma lo presuppone in quanto forma speciale di vita umana in comune. La realizzazione della tutela giuridico costituzionale necessita, in tal senso, di una disciplina giuridica che caratterizzi e definisca la comunione di vita che gode della tutela della Costituzione in quanto matrimonio. Il legislatore ha un considerevole margine di discrezionalità nella determinazione della forma e del contenuto del matrimonio (...). La Legge Fondamentale non garantisce l'istituto del matrimonio in astratto, ma nella configurazione che gli corrisponde nella visione dominante che ha ottenuto espressione nella disciplina legale (...). Ad ogni modo, il legislatore deve tener in considerazione nel configurare il matrimonio, i principi strutturali che risultano, a cominciare dall'art.6, comma 1, della Legge Fondamentale [secondo il quale "il matrimonio e la famiglia sottostanno a una speciale tutela da parte dell'ordinamento dello Stato"] nello stile di vita che si trova connesso col carattere di libertà dei diritti fondamentali garantiti e altre norme costituzionali (...). Fa parte della sostanza del matrimonio, così come esso è tutelato, indipendentemente dalla evoluzione sociale e dalle trasformazioni che ne derivano, ed è stato scolpito nella Legge Fondamentale, la sua definizione come l'unione tra un uomo e una donna in una comunione di vita duratura, fondata su una libera decisione, con la collaborazione dello Stato, (...) nella quale all'uomo e alla donna spettano gli stessi diritti e nella quale possono decidere liberamente sulla organizzazione della vita in comune"* (par.87). Contemporaneamente si afferma nella decisione che dalla speciale tutela attribuita al matrimonio dalla Costituzione non si può dedurre che il matrimonio sia sempre da proteggere in misura maggiore rispetto ad altre forme di vita in comune (par.99).

Quanto alla violazione del principio di uguaglianza, per il fatto che le persone omosessuali potrebbero accedere solo all'unione civile, restando il matrimonio destinato agli eterosessuali, conclude non esserci una violazione di questo principio, da parte della legge (che), nel prevedere unioni civili tra persone dello stesso sesso "non associa diritti e obblighi al sesso di una persona, ma piuttosto associa alla combinazione di sessi un legame personale che consente loro accesso alla comunione di vita. E' alle persone unite in questo modo che la legge attribuisce diritti e doveri. Così come il matrimonio con la sua limitazione a persone di sesso diverso, non discrimina le coppie



omosessuali per ragione del loro orientamento sessuale, così le unioni omosessuali non discriminano le coppie eterosessuali per il loro orientamento. Donne e uomini si possono sposare con una persona di sesso diverso, ma non con persona dello stesso sesso. Ognuno può entrare in una unione civile con una persona dello stesso sesso, ma non con una persona di sesso diverso” (cfr. par.106).

Per la Corte Tedesca, la differenza che permette di distinguere in questo modo le persone omosessuali ed eterosessuali, per quanto riguarda i vincoli giuridici che desiderino dare alle comunioni di vita tra loro è la seguente: *“La differenza, consistente nel fatto che da una relazione tra un uomo e una donna uniti per molto tempo possano venire dei figli in comune, il che non può accadere in una unione tra persone dello stesso sesso, giustifica che le coppie di persone di sesso diverso siano indirizzate verso il matrimonio, quando desiderino dare alla loro comunione di vita un vincolo giuridico duraturo”* (cfr. par.109).

La Corte Costituzionale Belga si è pronunciata sulla legge del 13 febbraio 2003 che ha consentito il matrimonio tra persone dello stesso sesso. La sentenza ha stabilito che alla luce della concezione del matrimonio come creazione di una comunità di vita duratura tra due persone “la differenza, da un lato tra le persone che desiderino formare una comunità di vita con una persona di sesso diverso e, dall’altro, le persone che desiderino formare una tale comunità con una persona dello stesso sesso, non basta a far escludere per quest’ultime la possibilità di sposarsi (motivo B.4.7). Inoltre ha stabilito che le disposizioni convenzionali invocate dal ricorrente, in particolare l’art.12 della CEDU e l’art.23 del Patto Internazionale relativo ai Diritti Civili e Politici, non possono essere interpretati nel senso che obbligano gli Stati contraenti a considerare “la dualità sessuale fondamentale del genere umano” come un pilastro del loro ordinamento costituzionale (motivo B.5.8.), non potendo essere interpretate “nel senso di impedire agli Stati che sono parte di queste Convenzioni di attribuire il diritto garantito da quelle disposizioni alle persone che desiderino esercitare quel diritto con persone dello stesso sesso”(motivo B.6.4.). Infine, la Corte belga ha stabilito che non era possibile scorgere ragioni per le quali la tutela relativa alla famiglia potesse considerarsi “indebolita dalle disposizioni in questione, soprattutto perché la legge in questione non introduce alcuna modifica materiale alle disposizioni di legge che regolano gli effetti del matrimonio civile di persone di sesso diverso” (motivo B.6.6).

Si deve infine evidenziare che la questione della costituzionalità del matrimonio tra persone dello stesso sesso pende innanzi alle Corti Costituzionali di Spagna e Italia. Nel primo caso vertendo sulla legge che è venuta a permettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Nel secondo come questione relativa alla mancata previsione di quel tipo di matrimonio.

16. In Portogallo, le situazioni di “unione di fatto” tra persone dello stesso sesso hanno ricevuto riconoscimento e tutela legale con la legge n.7 dell’11 maggio 2001, il cui obiettivo è stato quello di equiparare l’unione di fatto omosessuale all’unione di fatto eterosessuale. Abrogando la legge n.135/99, del 28 agosto, che definiva l’unione di fatto come “una situazione giuridica delle persone di sesso diverso che vivono in unione di fatto da più di due anni”, la legge n.7/2001 ha attribuito la tutela giuridica

alle persone che vivono in unione di fatto da più di due anni indipendentemente dal sesso delle persone in questione. La legge n.7/2001 attribuisce alle persone in unione di fatto, indipendentemente dall'identità o diversità di sesso, diritti per quanto riguarda la casa di residenza comune, rapporti di lavoro nel settore pubblico e privato, imposta sul reddito, previdenza sociale, tutela in caso di incidente sul lavoro e pensioni per servizi eccezionali e di rilievo resi al Paese (artt. 3, 4, e 5).

Ci sono tuttavia due importanti differenze che devono essere segnalate. La prima, è che alle persone di sesso diverso che vivano in unione di fatto si è esteso il diritto di adozione in condizioni analoghe a quelle previste per i coniugi nel Codice Civile. I membri dell'unione di fatto tra persone dello stesso sesso ne sono rimasti esclusi. La seconda consiste in ciò, che i membri dell'unione di fatto omosessuale non possono ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (art.6 co.1 della legge n.32, del 26 luglio 2006).

D'altronde, altre norme conferiscono diritti o derivano conseguenze giuridiche da situazioni di unione di fatto, non distinguendo in funzione dell'identità o della diversità di sesso e, pertanto, comprendendo le coppie omosessuali. Si possono evidenziare, senza pretesa di essere esaustivi: il comma 3 dell'art.3 della legge sulla cittadinanza (l. n.37/81, del 3 ottobre, nella formulazione del T.U. n.2/2006, del 17 aprile). I commi 1 e 5 dell'art.3 della legge n.37/2006, del 9 agosto, relativa all'esercizio del diritto di libera circolazione e residenza dei cittadini dell'Unione Europea e dei membri delle loro famiglie sul territorio nazionale; l'art.100 della legge 23/2007, del 4 luglio, che approva la disciplina giuridica dell'ingresso, permanenza, uscita, allontanamento degli stranieri dal territorio nazionale. La lett. h) dell'art.2 della legge 27/2008, del 30 giugno, relativa ai requisiti e ai procedimenti di concessione di asilo o protezione sussidiaria.

Particolare evidenza, in quanto rivela l'importanza sociale delle forme di vita in comune tra persone dello stesso sesso al punto di estender loro lo strumento ultimo di tutela dei beni giuridici che è il diritto penale, meritano le disposizioni del codice penale e di procedura penale che sono venute a includere la perifrasi "persona di diverso o dello stesso sesso", per conferire rilevanza penale a quelle situazioni di vita al pari della tutela dei coniugi o ex coniugi. E' quanto si verifica negli art.68, comma 1, lett. c), 134, comma 1 lett. b) e 159, comma 7, del Codice di Procedura Penale e negli artt.113, comma 2, lett. a), 132, comma 2 lett. b), 152, comma 1, lett. b), 154, comma 4, 364, lett. b) e 367, comma 5, lett. b) del Codice Penale.

17. Il Decreto n.9/XI dell'Assemblea della Repubblica è il risultato dell'approvazione della Proposta di legge n.7/XI (*Diario da Assembleia da Republica*, II serie A, n.18XI/1 del 22.12.2009), presentata dal Governo con l'obiettivo di "rimuovere le barriere giuridiche alla realizzazione del matrimonio civile tra persone dello stesso sesso". Nella esposizione dei motivi si afferma il proposito di "mettere fine, anzitutto, a una vecchia discriminazione, lungamente e approfonditamente dibattuta nella società portoghese [...] senza dubbio causa di esclusione e sofferenza per molte persone e che l'evoluzione della coscienza sociale trova oggi non solo inutile, ma veramente inaccettabile". E si richiama la giurisprudenza della sentenza 359/2009 come per ribadire che la Costituzione "nel complesso dei suoi principi e disposizioni



rilevanti, fornisce un quadro giuridico costituzionale aperto per quanto riguarda la libertà di configurazione del legislatore in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso”.

Coinvolgendo le medesime disposizioni del Codice Civile e con lo stesso obiettivo fondamentale di permettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, furono presentati anche i Progetti di Legge n.14/XI e n.24/ XI rispettivamente dal gruppo parlamentare “Blocco di Sinistra” e dai “Verdi”.

Fu inoltre presentato il Progetto di Legge n.119/ XI dal Gruppo Parlamentare del Partito Social Democratico, che intendeva conferire tutela giuridica alle persone dello stesso sesso che vivessero in condizioni analoghe a quelle dei coniugi con la creazione di una nuova figura giuridica che sarebbe “l’unione civile registrata”, esclusivamente riservata a persone dello stesso sesso, che permettesse la salvaguardia di parte della tutela attribuita dalla disciplina giuridica del matrimonio (Cfr. Il Parere della Commissione Affari Costituzionali, Diritti Libertà e Garanzie e le “note tecniche” in *Diario da Assemblea da Repubblica*, II serie A, n.23/ XI, del 09.01.2010).

Queste iniziative legislative non hanno ottenuto l’approvazione (*Diario da Assemblea da Repubblica*, II serie A, n.20/ XI, del 09.01.2010).

Posto ciò, passiamo alla valutazione diretta dell’istanza.

18. L’Istanza si fonda sull’assunto che l’eliminazione dell’inciso “*due persone di sesso diverso*” dall’art.1577 del Codice Civile e la sua sostituzione con l’espressione “*due persone*” appare contraria al concetto costituzionale di matrimonio e, di riflesso, al concetto costituzionale di famiglia, accolto dal comma 1 dell’art.36 della Costituzione.

L’art.36 della Costituzione recita:

“Articolo 36 (Famiglia, Matrimonio, Filiazione)

1. Tutti hanno diritto di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio in condizioni di piena uguaglianza.
2. La legge regola i requisiti e gli effetti del matrimonio e del suo scioglimento, per morte o divorzio, indipendentemente dalla forma di celebrazione.
3. I coniugi hanno uguali diritti e doveri per quanto riguarda la capacità giuridica e di agire, nonché il mantenimento e l’educazione dei figli,
4. I figli nati fuori dal matrimonio non possono, per questo motivo, essere oggetto di qualsivoglia discriminazione e la legge o gli uffici pubblici non possono utilizzare denominazioni discriminatorie per quanto riguarda la filiazione.

5. I genitori hanno il diritto e il dovere di educare e mantenere i figli.
6. I figli non possono essere separati dai genitori, salvo quando essi non compiano i loro doveri fondamentali nei loro confronti e sempre mediante decisione giudiziale.
7. L'adozione è regolata e tutelata dalla legge, che deve garantire il corretto e celere svolgimento del procedimento”.

Sono di quattro specie i diritti relativi alla famiglia, al matrimonio e alla filiazione che in questo articolo vengono riconosciuti e garantiti: **a)** diritto a costituire una famiglia e a contrarre matrimonio (commi 1 e 2); **b)** diritti dei coniugi in ambito familiare ed extrafamiliare (comma 3); **c)** diritti e doveri dei genitori in relazione ai figli (commi 5 e 6); **d)** diritti dei figli (commi 4 e 5 -2° parte).

Per quanto l'istanza sia incentrata sulla violazione del comma 1, anche il comma 2 dell'art.36 è direttamente e specialmente rilevante per la questione posta. Infatti, se il comma 1 ha la struttura tipica di un diritto fondamentale (*Tutti hanno diritto a...*) il comma 2 affida alla legge la regolamentazione dei requisiti e degli effetti del matrimonio. Questi due precetti formano un insieme inscindibile, ove si tratta di chiedersi se è stata violata, dai modi di quell'esercizio del potere legislativo che ha inciso su uno dei due requisiti del matrimonio, la garanzia istituzionale del matrimonio (stesso), quindi della famiglia.

In verità, la scelta legislativa assoggettata a controllo di costituzionalità non ha per effetto quello di negare a qualche persona o di restringere il diritto fondamentale di contrarre (o di non contrarre) matrimonio. Ciò che può esser in questione è la mancata preservazione del nucleo essenziale dell'istituto matrimoniale così come debba considerarsi imposto dalla Costituzione, per via della sottrazione di un elemento del concetto (la differenza dei sessi) che corrisponde a un presupposto di fatto della società coniugale, così come l'ordinamento giuridico tradizionalmente la concepisce.

Il testo dei commi 1 e 2 dell'art.36 resta inalterato rispetto a quello originario della Costituzione (il comma 5 fu modificato nella Revisione Costituzionale del 1989 e il comma 7, introdotto dalla Revisione Costituzionale del 1982, fu modificato nella Revisione Costituzionale del 1997 con aggiunte che in nessun modo influiscono sull'analisi della questione che qui si valuta). Nel momento storico in cui la Costituzione fu scritta ed iniziò la sua vigenza, affidando la disciplina dei “requisiti” e degli “effetti” al legislatore ordinario, il Codice Civile già disponeva all'art.1577 che il “matrimonio è il contratto stipulato tra due persone di sesso diverso”. Questo precetto ha subito lievi modifiche, che qui non rilevano, mediante il Decreto-Legge n.496/77, del 25 novembre, provvedimento che, d'altronde, fu approvato con il dichiarato proposito di rendere compatibile il Codice Civile con la Costituzione.

Non si può far a meno di attribuire rilevanza interpretativa a questa circostanza, non perché il senso della Costituzione vada determinato secondo il diritto ordinario, ma perché trovando aggancio il testo costituzionale nella realtà sociale e nel contesto giuridico nel quale nacque, il matrimonio era allora quello che per secoli -e sicuramente, per limitarci nel tempo alla fase della



secolarizzazione del matrimonio, a partire dalle codificazioni ottocentesche- è stato nei sistemi giuridici che si inseriscono nello stesso spazio culturale del nostro: un accordo tra un uomo e una donna, fatto secondo le determinazioni della legge e diretto allo stabilimento di una piena comunione di vita tra loro. Effettivamente, le tensioni che al tempo della elaborazione e della approvazione della Costituzione incidevano sull'istituto matrimoniale avevano riguardo ad altri aspetti del matrimonio e della famiglia: la possibilità di scioglimento per divorzio, l'uguaglianza dei coniugi in seno alla società coniugale, gli effetti patrimoniali e personali, l'eliminazione della distinzione tra figli legittimi e illegittimi. La pretesa dell'ammissibilità del matrimonio con identità di genere tra i coniugi è un fenomeno che ancora non aveva trovato un'espressione pubblica, né in Portogallo, né in maniera significativa in altri paesi. Quello che veniva in considerazione a proposito dell'omosessualità, che allora si considerava una discrepanza tra la realtà sociale e l'inquadramento giuridico erano gli aspetti repressivi (es. punizione o aggravamento della punizione nel campo degli atti sessuali con persona dello stesso sesso), non l'omissione della tutela per le unioni stabili di questo tipo. Ci volle più di un decennio perché la progressiva integrazione degli omosessuali nella società provocasse uno "scivolamento" da posizioni di contestazione al sistema a pretese "conservatrici" di dire la propria nelle sedi istituzionali e in particolare sul matrimonio, come riconoscimento pubblico dell'orientamento sessuale in termini di stretta uguaglianza con gli eterosessuali (cfr. JAVIER SEONAE PRADO, *Matrimonio, Familia y Contitución*, in *Matrimonio y Adopción por Personas del mismo sexo*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXVI).

Ma proprio questa evidenza ne trascina un'altra. Si può, senza esitazione, dire che il matrimonio che la Costituzione ha rappresentato è stato il matrimonio tra due persone di sesso diverso e si può anche sicuramente concludere che non ci fu nessuna scelta deliberata nella materia di cui ci si occupa, nel senso di proibire l'evoluzione dell'istituto matrimoniale. Il problema era sconosciuto sia da un punto di vista politico che giuridico, ragion per cui l'elemento storico deve essere trattato con cautele ancor più grandi di quelle che generalmente già merita nell'interpretazione del testo costituzionale.

Ciò che è certo, è che la Costituzione affida al legislatore, oltre alla determinazione degli "effetti", la fissazione dei "requisiti" del matrimonio (comma 2 dell'art.36), potere questo che non può esser letto come ristretto agli aspetti di mera regolamentazione formale, quindi è importante chiedersi se, indipendentemente da ciò che era il matrimonio nel contesto sociale e giuridico in cui il comma 1 dell'art.36 fu elaborato, l'innovazione legislativa che qui si analizza, cercando di dare una risposta su che cosa il legislatore ha inteso costituire pretesa legittima di riconoscimento e tutela dinnanzi a nuove necessità sociali alle quali, come si è detto, erano state già conferite altre forme di accoglimento giuridico, è in grado di infrangere la garanzia costituzionale del matrimonio.

Effettivamente, si può considerare che il matrimonio è coperto dalla c.d. "garanzia di istituto". Simultaneamente al riconoscimento di diritti individuali, l'art.36 riconosce e garantisce anche la famiglia e il matrimonio come istituzioni in sé, essendo un deposito di "tipiche garanzie istituzionali", che pertanto non possono essere legalmente soppresse o dequalificate (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., pag 561). E la Corte già lo ha riconosciuto, in particolare nella sentenza n.590/2004, nella quale si affermava:

“Quanto al diritto di sposarsi, si può dire che esso consta di due dimensioni. Da un lato, sancisce un diritto fondamentale, dall’altro è una vera e propria norma di garanzia istituzionale”. Come spiegano PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA (*Corso di diritto di famiglia*, Vol. 1°, 2° ed., Coimbra Editrice, 2001, p.137): “Merita considerazione [...] la questione di sapere se l’art.36, comma 1, seconda parte, accorda solo un diritto fondamentale a contrarre matrimonio, o si tratta, inoltre, di una norma di garanzia istituzionale. Sebbene la Costituzione non formuli esplicitamente un principio di “protezione del matrimonio”(solo la famiglia è protetta nell’art.67) abbiamo ritenuto che l’istituto del matrimonio è costituzionalmente garantito, poiché non avrebbe senso che la Costituzione accordasse il diritto a contrarre matrimonio e, contemporaneamente, permettesse al legislatore di sopprimere l’istituto o sfigurare il suo “nucleo essenziale”.

Come dice VIEIRA DE ANDRADE ne *I Diritti fondamentali nella Costituzione Portoghese del 1976*, 4° ed., pp.135-137, “La Costituzione è, specialmente nei campi fondamentali della vita sociale un *newcomer (novellino)* che assume il comando di un universo giuridico dove incontra complessi normativi, a volte di migliaia di anni, alcuni dei quali posseggono una logica di sistema basata sulle idee di auto responsabilità e auto sviluppo personale. A questo punto, la Costituzione può scegliere di riconoscere e garantire, nei loro lineamenti essenziali, questi complessi normativi di diritto ordinario, fermo restando il poterli ridefinire ed elevarli a livello costituzionale. È quanto succede a proposito del riconoscimento dell’autonomia privata, nelle sue diverse manifestazioni, individuali o familiari, come la libertà contrattuale, la proprietà, l’eredità, il matrimonio, la famiglia, la filiazione, la responsabilità familiare per il mantenimento e l’educazione dei figli e l’adozione”. E, come avverte lo stesso Autore, si deve ritenere che le garanzie istituzionali si riferiscono al complesso giuridico normativo e non alla realtà sociale in sé, di modo che è con quella portata che vincolano il legislatore, “ammettendo un margine, più o meno ampio di configurazione da parte della legge, ma proibendogli in ogni caso la distruzione o lo stravolgimento (del suo *nucleo essenziale*)”.

19. Si impone, tuttavia, un chiarimento preliminare su cosa possa significare, in quei campi in cui la Costituzione prevede situazioni giuridiche soggettive individuali, come nel caso del diritto fondamentale al matrimonio di cui all’art.36, comma 1, il vincolo costituzionale del legislatore a conservare il nucleo essenziale del complesso giuridico di diritto privato attraverso il quale il diritto fondamentale si concretizza: la c.d. *garanzia di istituto*, cioè del complesso di norme e relazioni giuridiche unitariamente strutturate e sedimentate nell’ordinamento giuridico infracostituzionale, nel corso di un certo processo di sviluppo storico.

In effetti, è solo in questa modalità che può avere un senso l’invocazione della garanzia istituzionale che è presente nell’istanza. In verità, ciò che la Costituzione elegge direttamente a oggetto di tutela in quanto “elemento fondamentale della società” è la famiglia e non il matrimonio (*lato sensu*, l’istituzione matrimoniale) che è soltanto uno dei modi di costituirla (art.67). Come dice RUI MEDEIROS (*Costituzione Portoghese Commentata*, Tomo I, p.689), mentre “nell’art.36 si enfatizza, soprattutto, sia la dimensione individuale soggettiva dei diritti dei membri della famiglia, includendo immediatamente il diritto vero e proprio di costituire una famiglia, sia, per quanto



riguarda la famiglia come un insieme, la dimensione della libertà, l'art.67, sia pur senza perdere di vista l'obiettivo della realizzazione personale dei suoi membri, tutela fundamentalmente la famiglia vera e propria come istituto e impone, in particolare allo Stato, il dovere di proteggerla positivamente”.

Il concetto di *garanzia di istituto* (modalità della figura più generale della *garanzia istituzionale*, in senso ampio, che comprende anche le garanzie istituzionali giuridiche pubbliche che possono esigere una diversa messa a fuoco e che qui non importa prendere in considerazione) fu forgiato dalla dottrina tedesca, in un quadro Costituzionale (Costituzione di Weimar) che ignorava meccanismi effettivi di vincolo del legislatore alla Costituzione e di applicabilità diretta dei diritti fondamentali allo scopo di salvaguardare determinati settori dell'ordinamento infracostituzionale dall'azione del legislatore ordinario. Nella misura in cui si proibiva al legislatore di modificare ciò che fosse tipico di un istituto di diritto privato, si garantiva ai diritti fondamentali la corrispondente tutela effettiva. Per effetto dell'evoluzione del sistema costituzionale di protezione dei diritti fondamentali, della subordinazione di tutti i poteri dello Stato alla Costituzione, della diretta applicazione e del vincolo dei soggetti pubblici e privati ai precetti costituzionali riguardanti diritti, libertà e garanzie, e con l'istituzione di meccanismi giudiziali di garanzia di costituzionalità, la costruzione perse quella sua funzione storica e non può essere mantenuta con lo stesso senso.

Il diritto fondamentale al matrimonio comprende, oltre alla libertà individuale di sposarsi o non sposarsi, l'esigenza che a tal fine lo Stato organizzi procedimenti e mantenga strutture ufficiali (il procedimento preliminare, la celebrazione, il registro pubblico), ma ancora – come gli altri diritti fondamentali che si analizzano in casi di pretese relative a *status* – che l'ordinamento giuridico comprenda norme regolatrici della costituzione ed estinzione della situazione giuridica corrispondente e dei suoi effetti personali e patrimoniali. Si tratta di un diritto soggettivo pubblico che presuppone concettualmente l'esistenza del corrispondente istituto di diritto privato, la cui preesistenza fornisce elementi di interpretazione dell'ambito normativo oggettivo della norma costituzionale che sancisce il diritto fondamentale. E' effettivamente possibile concepire i diritti fondamentali come diritti che presentano o comportano un “lato” giuridico individuale, in quanto garantiscono ai loro titolari un diritto soggettivo pubblico, e un “lato” istituzionale oggettivo, in quanto garanzie costituzionali di ambiti di vita giuridicamente ordinati e strutturati.

Ma non si può, come vorrebbe il pensiero istituzionalista, invertire il senso della garanzia, imponendo la conservazione dell'istituto, così come esiste, contro azioni del legislatore che non contrastino con la determinazione del senso del diritto fondamentale in questione, nel quadro assiologico del sistema dei diritti fondamentali. Il che, applicato alla scelta legislativa sottoposta a controllo, significa verificare se i fini o i beni giuridici individuali e della comunità, tra i quali il diritto fondamentale al matrimonio deve considerarsi costituzionalmente annoverato, nel quadro di un sistema di diritti fondamentali assialmente incentrato sulla dignità della persona umana (art.1 della Costituzione), subiscono una compressione del loro nucleo essenziale di realizzazione.

20. Nell'istanza – e nel parere sul quale essa si appoggia –, riconoscendosi la discrezionalità accordata al legislatore dall'art.36 della Costituzione, si sostiene che

la modifica legislativa in questione non ha rispettato quei limiti, violando il concetto di matrimonio operante nel comma 1 dell'art.36, in sintesi, per due ordini di ragioni:

I) Per la sua origine storica e in una interpretazione sistematica, il concetto costituzionale di matrimonio, incatenato dal suo legame col concetto di famiglia e di filiazione, tende inequivocabilmente verso il matrimonio come unione tra due persone di sesso diverso.

II) Il concetto di matrimonio deve essere interpretato per imposizione del comma 2 dell'art.16 della Costituzione, in conformità con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (DUDU). E, in questa, il matrimonio che si prevede e si tutela e che, in forza di quella norma costituzionale, risulta un concetto vincolante per il Portogallo, è il matrimonio tra un uomo e una donna.

21. Cominciamo da quest'ultima linea argomentativa.

La DUDU stabilisce all'art.16, comma 1, che “a partire dall'età adatta, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia”. Essendo questo riferimento al genere dei titolari del diritto un caso isolato nella DUDU (“Tutti gli esseri umani” – artt. 1 e 2 –, “Tutti gli individui” – art. 3, 6, 15, 19 –, “Tutti” – artt. 7, 23, 27 –, “Ogni persona” – artt. 8, 10, 11, 13, 14, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 –, “Nessuno” – artt. 4, 5, 9, 11, 12, 17, 20 –) è ragionevole concludere che il concetto di matrimonio oggetto della tutela da parte di questo testo di diritto internazionale, riguarda l'unione tra un uomo e una donna (in questo senso l'ha interpretato la sentenza della Corte Costituzionale sudafricana nel caso *Ministero degli Interni c. Fourie*, pur evidenziando che è “descrittiva di una realtà presupposta piuttosto che prescrittiva di una struttura normativa per tutti i tempi”).

Ammissa questa interpretazione della DUDU e, disponendo la Costituzione all'art.16, comma 1, che “i precetti costituzionali e di legge relativi ai diritti fondamentali devono essere interpretati e integrati in armonia con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo”, si sostiene che l'art.36, comma 1, dovrebbe essere interpretato, per il fatto stesso che prevede il diritto al matrimonio tra individui di sesso diverso, nel senso che proibisce l'estensione del matrimonio a persone dello stesso sesso.

Vediamo se è così, perché la questione di costituzionalità potrebbe ritenersi risolta, se quella fosse l'interpretazione obbligatoria del testo costituzionale.

Enunciando un principio di interpretazione secondo la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, la portata utile dell'art.16, comma 2, della Costituzione è quella di consentire il ricorso alla Dichiarazione Universale per fissare il senso di una norma costituzionale relativa a diritti fondamentali, alla quale non si possa attribuire un significato univoco, o per dare consistenza a concetti costituzionali indeterminati che fanno riferimento a diritti fondamentali (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., pp. 367-368; VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., pag.45). Si accetta, dunque, che l'art.16, comma 2, della Costituzione eleva la DUDU allo stato di criterio di interpretazione e di integrazione di norme di legge o anche costituzionali in materia di diritti fondamentali. Oltre al recepimento della Dichiarazione Universal dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento giuridico interno, si constata, quindi, che si riconosce a questo strumento una



posizione speciale, quasi sovra costituzionale, dal momento che lo si concepisce come elemento di riferimento per l'interpretazione delle regole costituzionali vere e proprie (RUI MOURA RAMOS, *L'integrazione del diritto internazionale e comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale*, in "Della Comunità Internazionale e del suo diritto", Coimbra, 1996, p. 254).

Ma, essendo certe, sia l'interpretazione dell'art.16, comma 1, della DUDU, sia l'esistenza del principio della interpretazione in conformità con quello strumento di diritto internazionale al quale l'istanza si richiama, c'è un equivoco nell'invocazione dell'argomento. Il senso della norma che conferisce una tale rilevanza alla DUDU è quello di estendere la copertura costituzionale dei diritti fondamentali e non quello di restringerla o limitarla, sotto il profilo dell'ampiezza o dell'intensità. Vale a dire che l'art.16, comma 2, della Costituzione funziona solo sul versante giuridico individuale dei diritti fondamentali e quando non conduca a una soluzione meno favorevole ai diritti fondamentali rispetto all'interpretazione "endogena" della Costituzione. Deve intervenire qui il principio della preferenza dell'applicazione delle norme che sanciscono un livello di tutela più elevato, similmente a quanto prescrivono gli artt. 52, comma 3, e 53 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., pag.368).

Quindi, l'art.16, comma 2, non può operare nel senso di impedire al legislatore ordinario, dal momento che esso non restringe o limita l'accesso al matrimonio eterosessuale per uomini o donne in età adatta o ne diminuisce il contenuto come diritto fondamentale, di permetterlo anche a una categoria di individui che non hanno l'inclinazione a relazionarsi in maniera duratura con persone del sesso opposto e che, di conseguenza, non potrebbero invocare la tutela della DUDU per sposarsi in conformità a quel loro orientamento sessuale.

Posto ciò, non trovando nella DUDU limiti interpretativi cogenti per quanto riguarda l'estensione del diritto a contrarre matrimonio (*matrimonio-atto*) a persone dello stesso sesso e al conseguente ingresso nello *status* di coniugati tra loro, con lo status che deriva dalle relazioni personali e patrimoniali tra i coniugi e di questi o di ciascuno di questi con terzi (*matrimonio status*), dobbiamo chiederci se la soluzione normativa in esame contrasta con la garanzia istituzionale del matrimonio, sotto il duplice profilo di soggettivazione della garanzia per i nubendi (atto) o coniugi (stato matrimoniale) di sesso diverso e del perseguimento dei valori sociali costituzionalmente scolpiti nell'istituto del matrimonio e nell'istituzione familiare. Sotto questo secondo profilo, trattandosi di una influenza sul piano dell'intensità o del grado di realizzazione del programma normativo costituzionale, la Corte potrà censurare la scelta del legislatore solo a livello di evidenza manifesta.

22. Si sostiene, per vincolare il concetto costituzionale al carattere obbligatorio della diversità di sesso fra i coniugi, che la Costituzione fornisce un adeguato inquadramento della nozione di matrimonio nel contesto della famiglia, che limita l'interprete nell'ambito di una interpretazione evolutiva, ma anche sistematica, il cui risultato non può astrarre dalla lettera della norma dell'art.36. Si invoca, pertanto, il disposto del comma 1 dell'art.67, dei commi 1 e 4, dell'art.68 e del comma 2

dell'art.71 della Costituzione. In tutti questi articoli, il riferimento alla famiglia si troverebbe associato alla filiazione, la cui funzione occupa una posizione centrale nell'istituzione familiare, così come prevista dalla Costituzione, dovendo evidenziarsi, per il suo contenuto precettivo, la salvaguardia di questa istituzione prevista dall'art.36. Riassumendo, la diversità di sesso tra i due coniugi sarebbe imposta per la salvaguardia dei fini o dei valori costituzionali di tutela della famiglia e della potenzialità procreativa del matrimonio, per la quale la diversità dei sessi integrerebbe la struttura nucleare della garanzia che, per quanto riguarda questa istituzione, deve estrarsi dalla Costituzione.

È certo che la procreazione di figli biologicamente comuni dipende dalla differenza di sesso. E, di conseguenza, che al matrimonio tra persone dello stesso sesso, non potendo assicurare la procreazione di figli comuni, non può essere accreditata la funzione sociale di potenziale contributo alla riproduzione della società.

Tuttavia, questa potenzialità non può essere eretta a finalità assolutamente essenziale alla garanzia costituzionale in questione, perché non integra neppure il concetto attuale di matrimonio eterosessuale. A parte che la proposta in tal senso del “*Progetto Gomes da Silva*”, inizialmente accolta dagli “Anteprogetti”, risultati dalla 1° e 2° Revisione Ministeriale, fu abbandonata nella versione finale del codice Civile del 1966 (v. gli estratti di questi lavori preparatori in RODRIGUES BASTOS, *Diritto della Famiglia secondo il Codice Civile del 1966*, vol.1, pag. 20).

La volontà iniziale e costante dei coniugi di non avere figli non impedisce loro di contrarre matrimonio e di restare sposati. Così come non lo impedisce o invalida la sterilità o l'impotenza in sé stessa. D'altronde, come ricorda Pedro Murias “i matrimoni in età sterile sono frequenti e, per la loro rilevanza, hanno perfino una previsione legale (cfr. art.1720, comma 1, lett. b) del Codice Civile)” (*Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, pagg.40-41).

Non si nega che, essendo la maternità e la paternità valori sociali eminenti (art.68 comma 1 Costituzione) anche per effetto dell'aver il legislatore fissato i “requisiti” del matrimonio, non è socialmente indifferente che il matrimonio unisca due persone capaci di assumersi “un progetto che, sia pur suscettibile di fallimento, è in partenza dotato di una intenzionalità che dà qualche garanzia di successo nella “riproduzione sociale”, cioè nell'attività che rende possibile la naturale procreazione di cittadini e il loro mantenimento in attività utile per la società, non solo come individui di una specie biologica concreta, ma come cittadini equilibrati, utili e responsabili” (parafrasando RITA LOBO XAVIER, anche se a proposito del tema più generale della tutela della famiglia, *apud* JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Costituzione Portoghese Commentata*, Tomo I, pag.690). Tuttavia, senza che con questo si abbandoni l'idea che “non è obbligatorio ridurre il matrimonio ai suoi effetti, e la Costituzione distingue chiaramente al comma 2 dell'art.36 i requisiti e gli effetti del matrimonio. Il collegamento che è possibile stabilire tra matrimonio e procreazione opera a livello della considerazione di esso come istituzione attraverso la quale lo Stato ricorre al potenziale del diritto, per diffondere determinati valori nella società, in tal caso i valori secondo i quali il matrimonio costituisce, in un certo senso, un mezzo specifico di coinvolgere una generazione nella nascita della generazione successiva [...]” (sentenza n.



359/2009).

Quanto appena detto, può costituire un argomento per il quale non si ritenga, nel quadro assiologico della Costituzione, essere costituzionalmente obbligatoria la ridefinizione del concetto attuale di matrimonio (ipotesi di incostituzionalità della disciplina attuale che ora sono state rimosse). Ma non serve perché si giudichi che si è snaturata l'istituzione matrimoniale con l'inclusione nella stessa categoria giuridica, al pari del matrimonio tra persone di sesso diverso, di matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Nei campi del matrimonio e della famiglia, la realtà sociale è in notevole e rapido mutamento, con i riflessi giuridici e le varie risposte, sul problema di cui ci si occupa, che le note del diritto internazionale e comparato di cui sopra hanno cercato di rispecchiare. Su di essa ci potrà solo essere, in una società aperta e plurale, una "ragionevole divergenza" nel ricercare rimedi che si inseriscono nella discrezionalità legislativa il cui risultato eccede in larga misura, quando non interessi la dimensione soggettiva dei diritti fondamentali, il campo della controllabilità giudiziale.

23. È legittimo chiedersi, allora, che cos'è costituzionalmente essenziale nell'istituto del matrimonio se non un presupposto la cui mancanza, nell'attuale regime giuridico infracostituzionale, genera la totale inefficacia dell'atto (cfr. quanto alla dottrina dell'inesistenza giuridica del matrimonio e le ragioni che la giustificano, FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, op. cit., 4° ed., p.300). E' una domanda cui alla Corte spetta dare una risposta solo nella misura di quanto necessario per l'esame della validità costituzionale delle norme che vi sono sottoposte, ossia, per sapere se con esso contrasta la modifica della struttura soggettiva o modale del matrimonio che consiste nel far sì che si sposino tra loro due persone dello stesso sesso.

Dalla configurazione del diritto a contrarre matrimonio come diritto fondamentale, risulta che il legislatore non può sopprimere dall'ordinamento giuridico il matrimonio in quanto istituto giuridico destinato a regolare le situazioni di comunione di vita tra due persone, riconoscendosi l'importanza di questa forma basilare di organizzazione sociale.

Ma la Costituzione non definisce il profilo degli elementi costitutivi dell'istituto cui l'art.36, comma 1 si riferisce, relegando nel comma 2 dello stesso precetto l'incombenza per il legislatore di mantenere la necessaria connessione tra Diritto e realtà sociale. Il concetto costituzionale di matrimonio è un concetto aperto che ammette non solo diverse configurazioni legislative, ma anche diverse concezioni politiche, etiche e sociali essendo affidata al legislatore ordinario in ogni momento storico il compito di comprendere e riversare nell'ordinamento quello che in quel momento corrisponda alle concezioni dominanti in questa materia (v. in questo senso, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO in *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, pagg.58-59 [N]).

È proprio questa la lettura che già si trova nella motivazioni della sent. n.359/2009 quando

in essa si affermava che “[...] non si accetta l’interpretazione secondo la quale il matrimonio oggetto di tutela costituzionale implica una pietrificazione del matrimonio, tale come è definito oggi nella legge civile, escludendo il riconoscimento giuridico di altre comunioni di vita tra le persone”.

E, sotto questo aspetto, la Costituzione portoghese è più favorevole all’intervento del legislatore nel senso appena riferito, di altre dello stesso genere, nella misura in cui frappone a quell’interpretazione meno ostacoli testuali. Sia perché al comma 1 dell’art.36 si designa la titolarità del diritto mediante la parola “Tutti” e non con l’espressione “l’uomo e la donna” che è generalmente invocata, alla luce di altri testi costituzionali o di diritti fondamentali, come argomento a favore dell’eterosessualità necessaria del matrimonio. Sia, soprattutto, per l’espressa previsione al comma 2 dell’art.36, che già ha indotto a scrivere (NICOLA PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra istituzione matrimoniale e funzione familiare*, Rivista di Diritto Costituzionale, 2005, pag.281):

“In realtà neppure negli altri Stati europei, in cui non vi è stata un’apertura del matrimonio, le Costituzioni definiscono i profili costitutivi dell’istituto, dovendo dedursi che il principio dell’eterosessualità non rappresenta una soluzione necessaria ma, anche in questo caso, una scelta (possibile) del legislatore, per quanto inversa rispetto all’esperienza olandese, belga e spagnola. Questa comune logica costituzionale, che presuppone un intervento normativo, trova una sua chiara esplicitazione nell’art. 36 della Costituzione portoghese, che dopo aver riconosciuto il diritto a contrarre matrimonio in piena uguaglianza dispone che «*la legge regola i requisiti e gli effetti del matrimonio e del suo scioglimento per morte o per divorzio*». Inoltre neppure dalle Costituzioni in cui è sancita una tutela “speciale” per l’istituzione matrimoniale, come in Italia, in Germania, in Irlanda, può desumersi un’indicazione sulla illegittimità del coniugio omosessuale sul presupposto che tale preferenza nulla dice sul sesso dei coniugi, potendo al contrario argomentarsi, alla luce di tale *favor*, che lo Stato avrebbe il dovere di assecondarne la diffusione e magari l’accesso (anche agli omosessuali)” [*ndt.* la citazione è in italiano nel testo della sentenza].

Questa posizione non significa che il matrimonio di cui all’art.36 della Costituzione sia trattato come una formula vuota di qualsiasi contenuto, che il legislatore può liberamente riempire.

Il matrimonio, pena lo stravolgimento del suo nucleo essenziale e, quindi, del proprio ambito di tutela come diritto (soggettivo) fondamentale, dovrà contemplare lo stabilimento di una relazione di comunione di vita tra due persone, mediante un atto così denominato, con effetti vincolanti fissati per legge, libero, incondizionato e non sottoponibile a termine.

Contrarre matrimonio (matrimonio *in fieri*) vuol dire accedere allo *status* di coniuge (matrimonio *in facto esse*) che si definisce in funzione degli effetti giuridici che il matrimonio produce. Come dicono FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, op. cit., p.337, “una persona si sposa e, dopo, è un’altra, è giuridicamente un’altra. È altra la condizione



della sua persona, come è altrà la situazione dei suoi beni”. Nella sua regolamentazione il legislatore ordinario è obbligato non solo a garantire il libero accesso a quella relazione giuridica in condizioni di piena uguaglianza, ma anche ad osservare altri parametri costituzionali, come quello del rispetto dell’etimo fondante della Repubblica e del sistema dei diritti fondamentali, che è la dignità della persona umana.

Limite del nucleo essenziale che non è messo in discussione dall’abbandono della regola della diversità di sesso fra i coniugi.

In effetti, se lo stabilimento di una situazione di comunione di vita tra due persone è elemento strutturale del concetto di matrimonio, senza il quale lo stesso perde il suo carattere, ormai lo stesso non si può dire della diversità sessuale delle persone che intendono coinvolgersi in quella comunione e sottoporla alle regole del matrimonio. Quella diversità di sesso sarebbe imprescindibile soltanto perché la comunione sul piano sessuale potesse portare alla procreazione di figli biologicamente comuni, finalità alla quale il matrimonio non è né costituzionalmente, né legalmente limitato.

In verità, la comunione di vita tra due persone caratterizzata dalla condivisione e dalla mutua assistenza in un percorso di vita comune giuridicamente disciplinato, con carattere tendenzialmente perpetuo, è naturalmente anche alla portata di due persone dello stesso sesso che vogliano in tal modo vincolarsi una con l’altra e dinnanzi allo Stato ed essere come tali riconosciute dalla comunità. Per questo non è vietato al legislatore conferire a quel modo di libero svolgimento della personalità, la forma vigente per la tutela delle relazioni tra persone di sesso diverso, permettendo agli interessati di accogliersi nella forma del matrimonio, senza che l’istituto si consideri privato di elementi tipici essenziali alla corrispondente funzione garantista.

24. D’altro canto, l’estensione del matrimonio a coniugi dello stesso sesso non contrasta con il riconoscimento e la protezione della famiglia come “elemento fondamentale della società” (art.67 della Costituzione).

Si deve tener presente che la Costituzione ha svincolato la costituzione di una famiglia dal matrimonio. Il concetto di famiglia che la Costituzione accoglie come “elemento fondamentale della società” è un concetto aperto e plurale, adattabile alle necessità e alle realtà sociali. La Costituzione non ha definito cosa è famiglia, dando protezione ai diversi modelli di famiglia che esistono nella nostra realtà sociale. Come la Corte ha affermato nella sent. n. 651/09, pur con riguardo alle unioni di fatto eterosessuali, la *famiglia* che, ai sensi dell’art.67 della Costituzione merita tutela da parte dello Stato, “non è solo quella che si fonda sul matrimonio”; è anche quella che presuppone una comunità autoregolata di affetti, disinvoltamente, stabilmente e durevolmente nel quadro della pluralità di diritti e doveri che ai sensi della legge civile uniscono i coniugi in virtù della celebrazione del matrimonio. Il diritto di *scegliere di vivere in una tale comunità di affetti*,

modellata dalla propria volontà nel solco degli effetti civili del matrimonio, ha sicuramente una base costituzionale, sia attraverso la disgiunzione che il comma 1 della Costituzione stabilisce tra “il diritto di costituire una famiglia” e “il diritto a contrarre matrimonio” sia attraverso la clausola della libertà generale di agire che va iscritta nel diritto allo svolgimento della personalità, contenuto nell’art.26 comma 1”.

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso comporterà solo che lo spazio di realizzazione interpersonale, coabitazione, mutua assistenza e contribuzione alle necessità comuni in vista della piena realizzazione personale, in cui consiste la famiglia, assuma, anche per esse, la veste giuridica che risulta dal loro vincolo reciproco. Non c’è motivo di vedere in questo allargamento un sacrificio, neppure sul piano dell’amministrazione delle scarse risorse pubbliche, per la realizzazione dei compiti che in questo campo incombono allo Stato (comma 2 art.67 della Costituzione).

Non si vede, dunque, in che cosa possa contrastare la nuova disciplina del matrimonio con i doveri di protezione “della società e dello Stato” in relazione alla famiglia, intesa come categoria esistenziale o fenomeno della vita, assunta dalla Costituzione come istituzione giuridica necessaria.

25. Una definizione del matrimonio da parte della legge ordinaria tale da comprendere il matrimonio tra persone dello stesso sesso potrebbe suscitare obiezioni se, di per sé e in astratto, fosse suscettibile di influenzare altri diritti soggettivi fondamentali, in particolare quelli riguardanti lo stesso diritto per le persone di sesso diverso. Si potrebbe, allora sì, dare spazio all’invocazione del valore interpretativo della DUDU in difesa dell’ambito del diritto di contrarre matrimonio, nei termini di cui si è detto.

Sembra, tuttavia, manifesto che l’attribuzione del diritto al matrimonio a persone dello stesso sesso non intacca la libertà di contrarre matrimonio delle persone di sesso diverso, né modifica i doveri e i diritti che per esse ne derivano né la rappresentazione o immagine che esse o la comunità possano attribuire al loro *status* matrimoniale. A meno che, ovviamente, la perdita di valore simbolico del matrimonio sia attribuita alla circostanza che questo *status* divenga condiviso con coppie di orientamento omosessuale. Concezione che si fonderebbe su un motivo costituzionalmente illegittimo (art.13 comma e) della Costituzione), essendo perciò, insostenibile.

In sintesi: il matrimonio tra persone di sesso diverso resta intatto nelle sue condizioni di realizzazione, nei suoi effetti giuridici, tra i coniugi e dinnanzi lo Stato e i terzi, e nel suo significato come fonte di relazioni familiari e impegno sociale.

26. Nell’istanza, sia pur senza ulteriori svolgimenti e nella parte in cui si sostiene l’idea che la necessità di tutela delle coppie omosessuali otterrebbe soddisfazione completa con un regime di unione civile registrata o simile, si allude al fatto che anche il principio di uguaglianza potrebbe essere invocato per sostenere l’incostituzionalità della permissione del matrimonio tra persone dello stesso sesso.



L'istanza non rende autonome le ragioni per le quali l'equiparazione prodotta o la mancata differenziazione per quanto riguarda il matrimonio tra persone di sesso diverso e persone dello stesso sesso violi il principio di uguaglianza. La riferita violazione del principio di uguaglianza e l'affermazione della violazione della garanzia istituzionale si basano sulla stessa concezione del matrimonio. Se il matrimonio presuppone due persone di sesso diverso, la soggezione a questo stesso istituto dell'unione tra persone dello stesso sesso tratterebbe allo stesso modo ciò che è diverso perché non rientra nel gruppo normativo di destinatari ai quali l'istituto è destinato. Quindi, vale immediatamente a proposito del principio di uguaglianza ciò che è stato detto per quanto riguarda la garanzia di istituto.

È certo, come la Corte ha ripetuto spesso, che il principio di uguaglianza, sancito dal comma 1 dell'art.13 della Costituzione della Repubblica portoghese, impone al legislatore di dare trattamento uguale a ciò che è essenzialmente uguale e trattare in modo diverso ciò che è essenzialmente diverso. Da questa massima discende il divieto di arbitrio che funziona come principio negativo di controllo delle scelte legislative. Il trattamento diverso di situazioni di fatto uguali, il trattamento uguale di situazioni di fatto diverse viola il principio di uguaglianza quando per la differenziazione legale o per il trattamento di legge uguale, non è possibile trovare un motivo ragionevole che sorga dalla natura delle cose, o che in qualche altra maniera sia comprensibile in concreto, cioè, quando la disposizione debba essere qualificata come arbitraria. Tuttavia, come anche si suole ripetere, il vincolo del legislatore al principio di uguaglianza non elimina la discrezionalità legislativa, a lui spettando identificare o qualificare le situazioni di fatto che devono funzionare come elementi di riferimento da trattare in modo uguale o differente. Violazione del principio di uguaglianza esiste solo in quanto divieto dell'arbitrio quando per una misura legislativa non è possibile trovare sostegno materiale (cfr. per tutti sent. n.232/2003 disponibile su www.tribunalconstitucional.pt con esaustiva indicazione di giurisprudenza e dottrina).

Ora, essendo inoltre certo che ,nella prospettiva biologica, sociologica o antropologica, costituiscono realtà diverse l'unione duratura tra due persone dello stesso sesso e due persone di sesso diverso, sotto il profilo giuridico l'equiparazione di trattamento non è destituita di fondamento materiale. In verità, è ragionevole che il legislatore possa privilegiare l'effetto simbolico e ottimizzare l'effetto sociale antidiscriminatorio del trattamento normativo estendendo alla tutela di quelle unioni il quadro unitario del matrimonio.

27. Proprio come nella sentenza n.359/2009, anche ora, dinnanzi a una modifica legislativa di questa natura, appare utile ricordare ciò che la Corte ha affermato nella sentenza n.105/90:

“[...] se il contenuto dell'idea di dignità della persona umana è qualcosa che deve

necessariamente concretizzarsi storicamente e culturalmente, ormai si vede che nello Stato moderno – e al di là delle proiezioni di quell'idea che trovino immediatamente una traduzione al livello costituzionale in principi specifici della legge fondamentale (principalmente quelli relativi al riconoscimento e previsione dei diritti fondamentali) – deve essere compito preminente del legislatore quella concretizzazione: per la speciale sua vocazione, nel quadro dei diversi organi della sovranità, per la “creazione” e la “dinamizzazione” dell'ordinamento giuridico, e democraticamente a ciò legittimato, è al legislatore che resta perciò affidato, in primo luogo il compito o l'incarico in ogni momento storico di “leggere”, tradurre, riversare nel corrispondente ordinamento quello che in quel momento sono le conseguenze, le implicazioni o esigenze dei principi “aperti” della Costituzione (proprio come, giustamente, il principio della “dignità della persona umana”). E ne discende che – venendo ora al punto – nel controllo giurisdizionale della costituzionalità delle soluzioni giuridico normative cui il legislatore sia in quel modo giunto (nel controllo, in fin dei conti, del modo in cui il legislatore ha riempito lo spazio che la Costituzione ha lasciato precisamente a lui da riempire) si debba operare con una particolare cautela e contenimento. Sicuramente, quindi, solo dove occorra una reale e inequivocabile incompatibilità di tali soluzioni con il principio regolatore costituzionale che sia in questione – reale e inequivocabile, non secondo il criterio soggettivo del giudice, ma secondo un criterio oggettivo come sarà ad esempio (e per usare qui una formula dottrinaia significativa) quello del “tutti coloro che pensano rettamente e giustamente” –, solo allora, quando è indiscutibile che il legislatore alla fine non ha concretizzato e anzi ha sovvertito la matrice assiologica costituzionale verso cui doveva orientarsi, sarà consentito ai tribunali e alla Corte Costituzionale in particolare) concludere per l'incostituzionalità di quelle soluzioni.

E, se queste considerazioni sono in generale pertinenti, ancor più lo saranno quando nella comunità giuridica abbiano seguito prospettive diverse e punti di vista divergenti e non coincidenti sulle conseguenze o implicazioni che da un principio aperto della Costituzione devono trarsi in un determinato campo o per la soluzione di un determinato problema giuridico. In questa situazione soprattutto, – in cui si debba riconoscere e ammettersi come legittimo, nella comunità giuridica, un pluralismo di visioni o di concezioni –, senza dubbio spetterà al legislatore (al legislatore democratico) scegliere e decidere”.

28. Da tutto quanto precede risulta che devono essere ritenuti non condivisibili i dubbi di costituzionalità che stanno alla base della presente istanza di controllo preventivo di incostituzionalità, non considerandosi violato, da parte di alcuna delle norme assoggettate a controllo, il comma 1 dell'art.36 della Costituzione.



III) Decisione

In questi termini, la Corte Costituzionale decide di non pronunciarsi nel senso dell'incostituzionalità delle norme dell'art. 1, dell'art. 2 – questo nella misura in cui modifica il testo degli artt.1577,1591 e 1690, comma 1, del Codice Civile – dell'art. 4 e dell'art. 5 del Decreto n.9/ XI dell'Assemblea della Repubblica.

Lisbona, 8 aprile 2010

Vitor Gomes

Carlos Pamplona de Oliveira

Joaquim de Sousa Ribeiro

Ana Maria Guerra Martins (il mio voto non rappresenta alcuna presa di posizione in merito alla questione di incostituzionalità di cui alla sent.359/09, ossia quella dell'incostituzionalità del divieto del matrimonio tra persone dello stesso sesso)

Gil Galvão (ho votato in coerenza con la posizione presa nella sent. n.º 359/09)

Maria Lúcia Amaral (con dichiarazione di voto)

Catarina Sarmento e Castro (con dichiarazione di voto)

Maria João Antunes (ho votato la decisione, in quanto credo in coerenza con la dichiarazione di voto apposta alla sentenza n.º 359/2009, che la Costituzione imponga che due persone dello stesso sesso possano contrarre matrimonio)

João Cura Mariano (con dichiarazione di voto che allego)

José Borges Soeiro (voto di minoranza secondo la dichiarazione che allego)

Benjamim Rodrigues (voto di minoranza secondo l'allegata dichiarazione)

Rui Manuel Moura Ramos (con dichiarazione congiunta)

DICHIARAZIONE DI VOTO

Abbiamo votato la decisione nell'intendimento che la scelta legislativa sottoposta al vaglio della Corte – la possibilità che due persone dello stesso sesso stipulino un contratto di matrimonio – non sia contrario alla Costituzione, pur non essendo, quindi, costituzionalmente imposta (come la

Corte ha ritenuto nella sentenza n.359/2009).

Si tratta dunque di una scelta che, vertendo su di una materia che non integra il nucleo indisponibile dell'istituto costituzionalmente protetto, si trova nel cuore della discrezionalità politica del legislatore ordinario. In questi termini, essa è rivedibile per decisione sovrana dello stesso legislatore.

Non spetta a questa Corte interferire con l'ambito delle decisioni del legislatore democratico che, per scelta costituzionale, restano libere, anche nei casi in cui la comunità giuridica coinvolta coincide con tutto il genere umano e le materie da decidere rivestano una innegabile centralità. Tali circostanze, se non autorizzano la Corte ad abbandonare la sua condizione di legislatore negativo, di sicuro si ripercuotono sulla responsabilità che, dinanzi alla comunità grava sul legislatore positivo democraticamente legittimato.

Maria Lúcia Amaral

Rui Manuel Moura Ramos

DICHIARAZIONE DI VOTO

Ho votato nel senso della non incostituzionalità delle norme in questione. Cionondimeno, a differenza della decisione della Corte, che giunge a tale risultato per intendere che la soluzione stabilita nel Decreto n.9/ XI dell'Assemblea della Repubblica rientra nella libertà di scelta del legislatore, ritengo che il legislatore sia obbligato, da un imperativo costituzionale, a sancire questa soluzione di uguaglianza. L'art. 36, comma 1, della Costituzione che stabilisce che *tutti* hanno il diritto di contrarre matrimonio, non fornisce una nozione di matrimonio e rimette alla legge la regolamentazione dei suoi requisiti, effetti e scioglimento. Il diritto soggettivo previsto in questo articolo presuppone l'esistenza del corrispondente istituto giuridico di diritto privato oggettivo, che gli preesiste, ma la lettura di cosa possa essere il matrimonio deve avvenire alla luce della Costituzione, cioè all'interno di un programma costituzionale.

Del sistema costituzionale fanno parte valori, principi e diritti importanti per comprendere la nozione di matrimonio, – dal momento che quelli interferiscono con i contorni fondamentali di questo –, fra i quali si trova la dignità della persona umana (art.1 Cost.), l'uguaglianza, la libertà o il diritto all'identità personale e al libero (e coerente) svolgimento della personalità (art.26 comma 1 Cost.). A mio modo di vedere da essi discende, *verbi gratia*, la libertà di scelta per quanto riguarda la forma di costituzione della famiglia nucleare (il che comporta che *tutti* possono scegliere il matrimonio) o l'importanza della ricerca della realizzazione personale attraverso il matrimonio, compresa la realizzazione affettiva/emotiva/sexuale, in ambo i casi sempre, anche qui, delimitate dal quadro costituzionale.

Al di là di questi aspetti individuali relativi al matrimonio, la Costituzione garantisce il diritto a costituire una famiglia, nello stesso art.36, e la tutela in maniera speciale. Essendo il matrimonio, come comunione (intima) di vita (e visione comune del futuro), uno dei modi di costituire quell'elemento fondamentale della società (che deve essere costituzionalmente inteso come "1+1=2", e non necessariamente come "1+1≥3", la Costituzione impone, a mio modo di vedere, che il legislatore modelli l'istituto del matrimonio in modo da salvaguardare (come minimo)



l'ambiente affettivo familiare, una certa stabilità giovevole per la famiglia, e la protezione di uno nei confronti dell'altro come risultato dell'impegno assunto nella scelta per un percorso di vita comune (assistenza, cura, sostegno, condivisione e fiducia dovuti all'altro). La protezione costituzionale del diritto al matrimonio imporrà inoltre la tutela contro terzi e addirittura contro lo Stato.

Dalla Costituzione risulta anche che il matrimonio, in quanto uno degli elementi strutturali della società (come uno degli strumenti giuridici di costituzione del nucleo familiare) è un vincolo giuridico la cui esistenza non può non essere assicurata – sempre all'interno di margini costituzionalmente ammissibili – dovendo il legislatore fissarne gli effetti personali e patrimoniali, la sua costituzione ed estinzione. Ed essendo dotato di speciale forza simbolica, per il fatto di comportare in sé un riconoscimento sociale, legato, sia all'atto vero e proprio, sia allo *status* sociale, spetterà sempre al legislatore salvaguardare la sua denominazione simbolica e la pubblicità.

È questa struttura della garanzia costituzionale del matrimonio (e di legge, quando questa sia costituzionalmente conforme, e in cui, per riferimento a questa, possa essere considerato nucleare alla configurazione costituzionale dell'istituto) che è necessario richiamare quando si cerca di determinare la possibilità (come fa la sentenza), ma anche a mio avviso, l'imperatività della previsione del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Stabilendo l'art.36, comma 1, Cost. che *tutti* hanno diritto di contrarre matrimonio *in condizioni di piena uguaglianza*, e con riguardo all'art.13 comma 2 Cost., che garantisce, in particolare, che nessuno può essere pregiudicato o privato di qualche diritto *per ragione del suo orientamento sessuale*, bisognerebbe trovare un fondamento materiale sufficiente per la differenziazione.

Considerando le finalità del matrimonio – individuali, come la salvaguardia della realizzazione personale sul piano emotivo e affettivo attraverso la comunione intima di vita; di protezione istituzionale per la cura dell'altro, di stabilità del vincolo e forza simbolica – e avendo riguardo ai suoi effetti derivanti dalla legge (patrimoniali e regime dei beni, successori, doveri di assistenza, per quanto riguarda la previdenza sociale...) non si vede come potrebbe una misura legislativa trovare sostegno materiale sufficiente per basare una differenza di trattamento tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso diverso che intendessero sposarsi, fosse la differenza stabilita per quanto riguarda gli effetti giuridici o immediatamente e a maggior ragione, per quanto riguarda la denominazione simbolica del vincolo: le relazioni di comunione intima di vita che si stabiliscono tra persone dello stesso sesso sono, essenzialmente e in ciò che costituzionalmente importa (e accantonata l'interpretazione secondo la quale la Costituzione possa accogliere un modello di matrimonio basato sulla complementarietà dei sessi potenzialmente procreativa) uguali.

Lasciare al legislatore la possibilità di dire che due persone dello stesso sesso possono sposarsi, ma solo con persona di sesso opposto, equivarrebbe a conceder loro un diritto del quale usufruirebbero contro il loro orientamento sessuale. Lasciare al legislatore la scelta di negare il diritto al matrimonio quando la realizzazione sessuale della coppia avverrebbe soltanto se entrambi

dello stesso sesso altro non è che trattare in maniera diversa affetti e progetti di vita uguali.

Alla luce del concetto costituzionale di matrimonio, delle finalità di tutela del diritto fondamentale e di ciò che si deve considerare attualmente ricompreso nello *status* di persona coniugata (e solo per quanto riguarda ciò che ne discenda direttamente) non trovo un fondamento razionale e ragionevole per la differenziazione, dovendo essere sancita la parità di trattamento che, nell'attuale quadro costituzionale, non ammetto che possa essere reversibile.

Stando così le cose, considero che in virtù del disposto dell'art.13, comma 2, Cost. e dell'art.36, comma 1, Cost. il legislatore non può far a meno di prevedere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, pena la violazione del principio di uguaglianza.

Catarina Sarmento e Castro

DICHIARAZIONE DI VOTO

Non mi associo alla decisione nella parte in cui arrischia una descrizione minuziosa del nucleo essenziale del concetto costituzionale di matrimonio, optando per una adesione al modello attualmente sancito nella legge ordinaria, eccezion fatta per l'esigenza della diversità sessuale dei coniugi.

Per la decisione della questione di costituzionalità che è stata posta è sufficiente verificare che l'eliminazione di questo requisito amplia semplicemente, con sufficiente fondamento materiale, l'accesso all'attuale modello di matrimonio adottato dalla legge ordinaria, senza modificare il suo impianto, né interferire sulla sua disciplina, per cui resta accantonata l'ipotesi che questa modifica possa comportare uno stravolgimento o soppressione di questo istituto.

Per questo mi dissocio dalla enunciazione di una problematica definizione del nucleo essenziale del concetto costituzionale di matrimonio che condiziona inutilmente la risoluzione di molte altre questioni di costituzionalità, la cui tematica è estranea all'oggetto del presente ricorso.

João Cura Mariano

DICHIARAZIONE DI VOTO



Il mio è stato un voto di minoranza, alla luce dell'interpretazione che adotto e che, in sintesi, deposito.

La questione che la Corte ora è chiamata a valutare ha a che fare, a mio avviso, solo ed esclusivamente con l'interpretazione dell'art.36, comma 1, Cost.

Accanto immediatamente il parametro contenuto nell'art.13, comma 2, poiché, come si è ritenuto nella sent.359/2009 che ho sottoscritto, ciò di cui si è trattato nella revisione costituzionale del 2004 è stato, unicamente, dell'aggiunta di un'altra "categoria sospetta" ai divieti di discriminazione espressamente elencati nel precetto *de quo*. Trascrivendo la ricordata sentenza, in quella sede fu affermato quanto segue:

“E ne discende che, venendo ora al punto, nel controllo giurisdizionale della costituzionalità delle soluzioni giuridico-normative cui il legislatore in quel modo è giunto (nel controllo, dopo tutto, il modo in cui il legislatore ha colmato la lacuna che la Costituzione ha lasciato, proprio a lui, da riempire) si debba operare con una particolare cautela e contenimento. Sicuramente, quindi, solo dove occorra una reale e inequivocabile incompatibilità di tali soluzioni con il principio regolatore costituzionale in questione – reale e inequivocabile, non secondo il criterio soggettivo del giudice, ma secondo un criterio oggettivo come sarà ad esempio (e per usare qui una formula dottrina significativa) quello del “tutti coloro che pensano rettamente e giustamente” –, solo allora, quando è indiscutibile che il legislatore alla fine non ha concretizzato e anzi ha sovvertito la matrice assiologia costituzionale verso cui doveva orientarsi, sarà consentito ai tribunali (e alla Corte Costituzionale in particolare) concludere per l'incostituzionalità di quelle soluzioni.”

Più avanti, trascrivendo la sent.105/90, si affermava quanto segue:

“E, se queste considerazioni sono in generale pertinenti, ancor più lo saranno quando nella comunità giuridica abbiano seguito prospettive diverse e punti di vista divergenti e non coincidenti sulle conseguenze o implicazioni che da un principio aperto della Costituzione devono trarsi in un determinato campo o per la soluzione di un determinato problema giuridico. In questa situazione, soprattutto, – in cui si debba riconoscere e ammettersi come legittimo, nella comunità giuridica, un pluralismo di visioni o di concezioni – senza dubbio spetterà al legislatore (al legislatore democratico) scegliere e decidere”.

Lo stesso è sostenuto da GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, che affermano che “il recepimento costituzionale del concetto storico di matrimonio come unione tra due persone di sesso diverso non consente di trarre dalla Costituzione un riconoscimento diretto e obbligatorio del matrimonio tra persone dello stesso sesso (come certi vorrebbero basandosi sul nuovo testo del comma 2 dell'art.13)” (in *Costituzione della Repubblica Commentata*, vol. I, 4° ed., Coimbra editrice, 2007, p.568).

Ciò di cui importa trattare è della corretta interpretazione del comma 1 dell'art.36 che

sancisce il diritto di *tutti* al matrimonio. Al di là di questa dimensione soggettiva, il matrimonio si presenta anche, come si può leggere nella decisione, coperto dalla “garanzia di istituto”. Nonostante si possa concordare, in linea di principio, con il compito residuale che è riservato a questa figura nel quadro del costituzionalismo attuale, non credo, contrariamente all’interpretazione sottoscritta dalla maggioranza che una eventuale trasmutazione della figura (“[...] la costruzione ha perso quella sua funzione storica e non si può mantenere con lo stesso senso” § 19) possa tradursi nella rispettiva irrilevanza, in questa sede, in particolare per ciò che si riferisce al nucleo essenziale del matrimonio e alla inclusione in questo nucleo della differenza di sesso dei coniugi. Si osservi, d’altronde, il fatto che la decisione della Corte costituzionale tedesca cui si fa riferimento in questa sentenza, ha incentrato la sua analisi sulla valutazione della compatibilità della disciplina della *Partnership Registrata* con l’art.6, comma 1, della *Grundgesetz*, sulla circostanza che quella disciplina non intaccava il contenuto essenziale della garanzia di istituto (il matrimonio) costituzionalmente prevista e sancita. Essendo certo che in quella decisione quella Corte si è occupata di una questione diversa da quella che costituisce l’oggetto dei presenti atti, essendo allora stata chiamata a valutare la disciplina specificamente creata dal legislatore per tutelare le unioni omosessuali, optando per la via delle *Partnership Registrate* e negando loro accesso al matrimonio – e che, come ben si vede, il riferito art.6 non presenta una integrale identità col nostro art.36, comma 1 – considero tuttavia molto significativo che la Corte costituzionale tedesca non si sia addentrata per la via seguita in questa decisione di relegare su di un piano secondario la categoria dogmatica della “garanzia di istituto”. Figura questa che, si evidenzia, è di origine germanica.

La Corte costituzionale tedesca ha ritenuto allora che la differenza di sesso dei coniugi facesse parte integrante del nucleo essenziale dell’istituto del matrimonio, essendo suscettibile di modifica, in quanto principio strutturale essenziale dello stesso, solo in via di revisione costituzionale. Credo che la stessa conclusione si imporrebbe nel quadro del nostro ordinamento fondamentale.

Anche se la Costituzione portoghese non definisce (al pari di quella tedesca) che cosa è il matrimonio, questo non vuol dire che si tratti di un concetto alieno da qualsiasi consistenza costituzionale.

Innanzitutto, dall’art.36 risulta una configurazione costituzionalmente stabilita e protetta, come garanzia istituzionale, secondo la quale “si esige, di fronte ad interventi limitativi del legislatore, la salvaguardia del minimo essenziale (nucleo essenziale) delle istituzioni” (cfr. GOMES CANOTILHO, *Diritto Costituzionale e Teoria della Costituzione*, 7a ed., Almedina, Coimbra, p.397). Quindi, al “nucleo essenziale” corrisponderanno le facoltà tipiche che costituiscono il diritto, così come è definito nell’ipotesi normativa e che corrispondono alla protezione dell’idea di dignità umana individuale nella rispettiva sfera di realtà che abbraccia quella dimensione dei valori personali che la Costituzione mira a proteggere prima di tutto e che caratterizzano e giustificano l’esistenza autonoma di quel diritto fondamentale (cfr. JOSÈ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *I diritti fondamentali nella Costituzione portoghese del 1976*, 3° ed., Almedina, Coimbra, p.176). Questo significa che “il matrimonio non è, dunque, garantito come una realtà astratta, completamente maneggiabile da parte del legislatore e suscettibile di una libera configurazione da parte della legge ordinaria. Al contrario, non ha senso che la Costituzione



conceda il diritto di contrarre matrimonio e contemporaneamente permetta alla legge ordinaria di sopprimere l'istituzione o stravolgerne il suo nucleo essenziale (...). Il legislatore deve ,secondo quanto è stato detto, rispettare la struttura nucleare della garanzia istituzionale del matrimonio che si trae dalla Costituzione” (JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Costituzione portoghese commentata*, vol. I, pag.397). Anche FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, sostengono che l'istituto del matrimonio è costituzionalmente garantito, dunque non avrebbe senso che la Costituzione concedesse il diritto di contrarre matrimonio e contemporaneamente permettesse alla legge ordinaria di sopprimere l'istituzione o stravolgerne il suo nucleo essenziale (cfr. *Corso di Diritto di Famiglia*, Vol.1, 3° ed., Coimbra editrice, p.160).

Risulta chiaro, a mio avviso, che il costituente del 1976 avesse in mente il matrimonio tra persone di sesso diverso quando redasse l'art.36. Non solo perché quello era il concetto che allora risultava dominante – e il dialogo con la storia e con la tradizione è nota caratteristica di qualsiasi acquisizione costituzionale – ma anche perché se così non fosse stato, allora, sarebbe avvenuta necessariamente, nel 1977, la modifica dei precetti rilevanti del Codice Civile in modo da garantire l'adeguamento della legislazione ordinaria alla nuova concezione costituzionale. Questo è stato, d'altronde, ciò che è avvenuto con materie riguardanti la filiazione e l'uguaglianza dei coniugi. Questa conclusione esce rinforzata alla luce dell'integrazione del precetto nel complesso dell'art.36. Infatti, questa norma costituzionale sancisce “nel testo fondamentale il legame profondo tra matrimonio e filiazione” come d'altronde risulta dai commi 2,3,4,5 e 6 (cfr. DUARTE SANTOS, “*Cambiano i tempi, cambiano i matrimoni*”, pagg. 327 e ss).

Essendo certo che la differenza di sesso tra i nubendi fu presupposta dal costituente del 1976 nel compito attribuito al matrimonio dal nuovo ordinamento costituzionale, si potrebbe argomentare nel senso di un “mutamento costituzionale” che abbia reso irrilevante per la Costituzione la differenza di sesso dei coniugi. Questo mutamento si può giustificare solo in riferimento a una modifica del nucleo essenziale della garanzia sancita dall'art.36, comma 1, e non già come conseguenza del divieto di discriminazione per ragioni di orientamento sessuale come detto in precedenza. Ritengo che sostenere un tale “mutamento costituzionale” nel senso di comportare una modifica del concetto di matrimonio così come recepito e accolto dal legislatore costituente del 1976 e mantenuto dalle successive revisioni costituzionali, ordinarie e straordinarie, costituirebbe un risultato esegetico illegittimo. I meccanismi di garanzia di una Costituzione, politici e giudiziari, e i rispettivi specifici adattamenti istituzionali possono assumere diverse modalità e variabili. E proprio i meccanismi che si presentano come formalmente evidenti non possono non essere letti e interpretati nel contesto di ogni sistema del quale fanno parte. Come ha evidenziato ROBERT DAHL “le soluzioni specifiche devono essere adattate alle condizioni ed esperienze storiche di ogni paese, alla sua cultura politica e alle concrete istituzioni politiche” (*Democracy and its Critics*, Yale University Press, New Have, pag.192). Non si può sfuggire al fatto che lo sviluppo costituzionale nel quadro dei meccanismi politici e giudiziari di garanzia della Legge Fondamentale si presenta con una inclinazione marcatamente testuale. Così si spiega la tendenza reiterata del legislatore costituente a incorporare e cristallizzare l'ermeneutica della giurisprudenza di questa Corte nei precetti della Legge Fondamentale. Come ha scritto MARIA LÚCIA AMARAL, “in Portogallo (...)

la giurisprudenza si mette per scritto, cioè si cerca di assicurare la sua fissazione in norma costituzionale scritta. Invece di ammettersi che essa non può far a meno di integrare il *corpus* costituzionale – accettandosi anche che parte di quel *corpus* dovrà necessariamente essere mobile, evolutivo, soggetto a critica pubblica e gradualmente migliorato da ciò che si va apprendendo attraverso l'esperienza dei casi concreti – si procede al suo irrigidimento, integrandola, per via di revisione, nel testo della Costituzione vera e propria” (*Problemi della judicial review in Portogallo*, in *Themis*, anno VI, n.10, 2005, pagg. 88-89).

Essendo questo stato di cose eventualmente passibile di considerazioni critiche, non mi sembra che lo stesso possa, quindi, essere ignorato dal giudice costituzionale. Una delle funzioni che assistono la giurisdizione costituzionale, quale che sia la sua collocazione territoriale, è quella di vigilare sull'integrità della Costituzione anche contro la volontà della maggioranza parlamentare del momento. Questa inclinazione antimaggioritaria permette di proteggere la Costituzione – e la legittimazione popolare che ne è alla base – dall'azione delle maggioranze parlamentari occasionali. Si tratta, come è ben noto, e che ora mi limito a richiamare, ancora della protezione dell'ordinamento *democratico*. In questo caso si protegge la sovranità popolare che ha presieduto all'approvazione della Costituzione da eventuali azioni democratiche le quali, pur poste in essere da una maggioranza parlamentare, sono in dissonanza con quella sovranità popolare espressa nelle leggi fondamentali di un paese.

Ritengo, pertanto, che non è legittimo apportare qualche “mutamento costituzionale” in questa materia che prescinda da una scelta espressa, previa e fatta propria dal legislatore costituente. Infatti, e come evidenziano GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, la Costituzione ha proceduto a un recepimento del “concetto storico di matrimonio come unione tra due persone di sesso diverso” (cfr. op. cit., p.586). In tal modo, essendo l'istituto del matrimonio accolto e garantito in quanto unione tra persone di sesso distinto, e non essendo avvenute – sul piano costituzionale – modifiche che legittimino la conclusione che si sarebbe verificato, in questo campo, un “mutamento costituzionale”, questo potrà essere perseguito dal legislatore ordinario solo dinnanzi a una previa scelta espressa del legislatore costituente. Come evidenzia il parere allegato all'istanza, “un tale postulato porterebbe (...) a una interpretazione evolutiva i cui presupposti si basano su ciò che il nuovo senso da imputare alla legge (costituzionale) possessa un minimo di corrispondenza verbale nella lettera del testo e che l'interpretazione “evolutiva” sia una estensione, un prolungamento, un ampliamento o continuazione dello spirito della norma vigente – e non la sostituzione di quello spirito (...)”.

Ora, trovandosi dinnanzi a un concetto normativo, nella misura “in cui trascinano con sé determinate discipline giuridiche scritte col gesso dalla norma” come il complesso dei diritti e dei doveri dei genitori nei confronti dei figli, e per la funzione naturale di protezione ed educazione della prole, si conclude pertanto che il concetto normativo di matrimonio cui si è fatto riferimento” non è applicabile, per interpretazione evolutiva, al matrimonio tra persone dello stesso sesso”.

Infatti, il legislatore costituente non va confuso con il legislatore ordinario innanzitutto per quanto riguarda la maggioranza necessaria per approvare una modifica della Costituzione e le formalità processuali che un tale processo deve osservare. Si evidenzia inoltre il fatto che



l'approvazione di una modifica costituzionale non riveste, da noi, esigenze che la rendono un obiettivo quasi inaccessibile.

Ciò si riflette, d'altronde, sul fatto che in trentaquattro anni di vita della Costituzione sono state approvate sette modifiche al suo contenuto. Ora, quando il legislatore costituente, nelle sette revisioni costituzionali che si sono succedute dal 1976 ad oggi ha sistematicamente taciuto in questa materia, constatandosi comunque che essa non è stata puramente e semplicemente ignorata come si può verificare attraverso le dichiarazioni di voto effettuate da vari deputati in occasione della modifica dell'art.13, comma 2, nel 2004, non si può far a meno di rilevare come un tale comportamento reiteri l'interpretazione che il concetto di matrimonio costituzionalmente accolto e tutelato è il matrimonio tra persone di sesso diverso. D'altronde, come proprio la posizione della maggioranza riconosce, "le questioni dei modi e dell'ambito di tutela, riconoscimenti e legittimazione delle situazioni di vita in comune delle coppie omosessuali hanno fatto irruzione negli ultimi tre o quattro decenni con insistenza via via crescente, sia nell'ordinamento giuridico portoghese, sia nelle altre sfere di civiltà e cultura giuridica di cui il Portogallo è parte(...)". L'attaccamento alla lettera che è stato dimostrato dal legislatore delle varie revisioni costituzionali obbliga a riconoscere un determinato senso al suo silenzio sulla materia del matrimonio – il senso che non è stato di per sé (finora) pretesa una qualsivoglia modifica in questo campo – continuando, di conseguenza a valere nell'ordinamento costituzionale il concetto di matrimonio accolto nel 1976.

La posizione che ha prevalso riconosce e accetta che la libertà di configurazione del legislatore ordinario in sede di regolamentazione giuridica del matrimonio non è assoluta. Non considero quindi soddisfacenti gli argomenti addotti nel senso che la diversità di sesso dei nubendi non si collochi, al contrario di altri aspetti, all'interno del contenuto essenziale che, come tale, sfugge alla disponibilità del legislatore ordinario.

Concludo, così, che il legislatore ordinario, consustanziato a una data maggioranza parlamentare occasionale – non può ignorare una tale opzione costituzionale, imponendo un concetto di matrimonio che violi il nucleo essenziale della garanzia scolpita nella Legge Fondamentale. Pertanto, e poiché la problematica del matrimonio tra persone dello stesso sesso non è argomento ignorato dal legislatore costituente, alla luce di ciò che è stata la matrice del paradigma costituzionale nazionale, ritengo che la possibilità di introduzione per via legale del matrimonio tra persone dello stesso sesso, dovrebbe essere affidata ad una scelta specifica del legislatore costituente.

Come evidenzia CRISTINA QUEIROZ, "per le funzioni che la Costituzione svolge, non sarà possibile passare sopra al diritto costituzionale scritto, invocando un diritto costituzionale non scritto. In tal senso non potranno avvenire mutamenti costituzionali di tipo derogatorio di fronte a un obiettivo normativo che il legislatore costituente ha lasciato ben chiaro. Il processo di revisione costituzionale esiste proprio per oltrepassare le restrizioni alle norme costituzionali scritte fatte in nome del diritto costituzionale non scritto" (*Interpretazione costituzionale e potere giudiziario. Sull'epistemologia della costruzione costituzionale*, Coimbra Editrice, 2000, pagg. 117-118).

Accettare la modifica che comporta il testo di legge in analisi che ha fatto venir meno il requisito della differenza di sesso dei nubendi equivale a una modifica costituzionale effettuata per via di legge ordinaria da parte dell'Assemblea della Repubblica. Le funzioni di garanzia della Costituzione che incombono a questa Corte, imporrebbero, a mio avviso, che la stessa ora si pronunciasse nel senso dell'incostituzionalità di tale soluzione.

Sono queste le ragioni che mi portano a dissentire dalla posizione che ha prevalso.

José Borges Soeiro

DICHIARAZIONE DI VOTO

1) Il mio è un voto dissenziente, non potendo condividere l'opinione di maggioranza.

2) Ritengo, fermamente, che la soluzione sostenuta dall'opinione di maggioranza corrisponda ad una revisione o ad un mutamento costituzionale effettuati in materia di matrimonio dalla Corte, con violazione del principio costituzionale della separazione dei poteri.

3) Innanzitutto, non posso trascurare il fatto che, nell'economia della questione da risolvere nel quadro di una Costituzione di tipo "rigido", non si vede alcuna utilità dell'*excursus* comparatistico fatto dalla Corte relativamente ai paesi di *common law*.

Se la siffatta ricerca avesse un qualche senso, si intravedrebbe solo con riguardo a quei sistemi giuridici in cui il matrimonio riceve un trattamento costituzionale parallelo o vicino al nostro, come ad esempio nel caso della Legge Fondamentale tedesca, il cui modello non è stato tuttavia seguito dal nostro legislatore.

4) Ad ogni modo, – sommariamente e limitandoci al contesto europeo – si deve sottolineare che sia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sia la Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, sia, infine, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee non hanno *mai* affermato che il matrimonio come istituto giuridico riservato solo alle unioni eterosessuali rappresentasse una qualche forma di illegittima discriminazione nei confronti delle unioni omosessuali, sia alla luce delle Convenzioni internazionali che hanno interpretato (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo o Trattato dell'Unione Europea), sia alla luce dei principi universalmente accettati come



quello della dignità umana o dell'uguaglianza dei diritti.

E lo stesso dicasi per le Risoluzioni e Raccomandazioni, menzionate nella sentenza, provenienti dalla Assemblea Parlamentare del Consiglio D'Europa e dal Parlamento Europeo.

Ciò che al massimo in esse è stato rivendicato è stato il riconoscimento delle unioni di fatto tra persone dello stesso sesso o di sesso diverso (possibile nel quadro di altri istituti) e l'attribuzione di diritti uguali (ove la loro natura lo consenta). Mai si è sostenuto che l'allargamento del concetto normativo di matrimonio, nel senso di ricomprendere le unioni omosessuali, fosse l'unica soluzione possibile per rispettare il principio della dignità umana, il diritto alla privacy, il diritto all'uguaglianza e il godimento di diritti e libertà senza alcuna distinzione, fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale.

5) La sentenza ha ritenuto che “il concetto costituzionale di matrimonio è un concetto *aperto*, che ammette non solo diverse configurazioni legislative, ma anche diverse concezioni politiche, etiche e sociali essendo stato affidato al legislatore ordinario il compito di comprendere e riversare nell'ordinamento, in ciascun momento storico, ciò che in quel momento corrisponda alle concezioni dominanti in questa materia”.

In un sistema costituzionale di tipo continentale, *rigido*, coniato secondo la matrice ideologica della Rivoluzione Francese come il nostro e tenendo conto dei parametri di diritto costituzionale pertinenti, non possiamo essere più in disaccordo.

6) Per poter ammettere che il concetto di matrimonio sarebbe, nella nostra Costituzione, un concetto *aperto*, soggetto ai cambiamenti del tempo, secondo la volontà del legislatore ordinario, dovremmo vedere l'espressione “contrarre matrimonio” di cui all'art.36, comma 1, della Costituzione della Repubblica portoghese come un concetto di tipo *descrittivo*, un concetto di tipo *fattuale* o un mero *concetto con intento proclamatore* di un programma costituzionale da concretizzare a lungo termine da parte del legislatore ordinario, intento questo, sempre manifestato chiaramente attraverso espressioni come “la legge regola”, “ai sensi della legge”, “nei limiti stabiliti dalla legge”, “è disciplinata dalla legge” ecc.

Se fosse un concetto di questo tipo, sicuramente sarebbe aperto all'assorbimento di nuove formulazioni della realtà sopravvenuta che postulassero la protezione dei relativi interessi.

Giammai, tuttavia, abbiamo visto sostenere una simile natura del concetto di diritto a contrarre matrimonio, nei vari secoli di storia della nostra patria fino agli anni 90!

Mai è stato ritenuto tale dal popolo, dalla dottrina o dalla giurisprudenza!

All'epoca della determinazione del testo e dell'intento costituzionale della Costituzione del 1976, il matrimonio era un complesso normativo ben precisato nel sistema giuridico di allora, come contratto che presupponeva la diversità di sesso dei coniugi, attraverso il quale si intendeva costituire una famiglia mediante una piena comunione di vita, essendo la famiglia considerata come elemento naturale e fondamentale della società, per il fatto che assicurava la rinnovazione delle generazioni: sia nella Costituzione del 1933 (artt.12-14) mantenuta in vigore in via transitoria dalla legge n.3 del 14 maggio 1974, nella parte in cui non contrastasse coi principi espressi nel Programma del Movimento delle Forze Armate, essendo incontestabile che queste dimensioni dell'istituto giuridico non li contrastavano, sia nel Codice Civile vigente del 1966 (art.1577), sia in tutto il sistema giuridico infracostituzionale.

Alla luce dell'intero sistema giuridico esso aveva sicuramente come suo *nucleo essenziale*: la stipulazione di un contratto tra *due persone di sesso diverso* e lo scopo che attraverso questo contratto, quelle due persone di sesso diverso *intendessero costituire una famiglia mediante una piena comunione di vita*.

E quella piena comunione di vita giustificava l'imposizione, come strumenti minimi del suo perseguimento, di certi doveri (quelli dello *status* di coniuge) quali il rispetto, la coabitazione, la cooperazione, l'assistenza e la fedeltà (art.1672 del Codice Civile).

Nonostante la loro natura di doveri giuridici, e come tali configurabili in relazione ad altri tipi di contratto, è certo che la differenza di sesso dei coniugi conferiva una speciale natura e ragion d'essere ai doveri di coabitazione e fedeltà coniugali, *ben diversa* da quella che sarà possibile scorgere in una relazione omosessuale.

E' stato il complesso normativo costituito da questi due elementi nucleari che il nostro legislatore costituzionale ha inteso assicurare a tutti, in una duplice dimensione di diritto fondamentale e di garanzia istituzionale, nel prescrivere all'art.36, comma 1, che " tutti hanno il diritto di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio in condizioni di piena uguaglianza".

Le espressioni verbali "diritto di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio in condizioni di piena uguaglianza" non sono usate in quanto riconoscimento di una certa realtà sociale del tempo, all'epoca della determinazione del testo costituzionale, ma in quanto "istituti" o "istituzioni" esistenti nell'insieme dell'ordinamento giuridico che la Costituzione ha voluto riconoscere e "ai quali, in ogni caso, intendeva assicurare una tutela speciale nelle loro essenza e nei loro tratti caratteristici" (cfr. JOSÈ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *I Diritti Fondamentali nella Costituzione Portoghese del 1976*, 2° ed., pag.139). Inoltre non sono usate come concetto *descrittivo*, ma piuttosto *normativo*, che implica considerazioni normative-regolatrici, nel testo Costituzionale, come risulta da una interpretazione sistematica della Costituzione, questa *sola possibile relativamente alle norme*.

Tutto l'art.36 della Costituzione è strutturato intorno al presupposto del matrimonio eterosessuale, poiché solo in relazione a un matrimonio concepito in quei termini si giustifica che il legislatore abbia avuto la necessità di stabilire espressamente al suo comma 3 che "i coniugi hanno



uguali diritti e doveri per quanto riguarda la capacità giuridica e d'agire e il mantenimento e l'educazione della prole.”. E al comma 4 che “i figli nati al di fuori del matrimonio non possono per quel motivo essere oggetto di qualche discriminazione e la legge e i pubblici uffici non possono usare denominazioni discriminatorie relative alla filiazione”.

Disponendo che i coniugi hanno uguali diritti e doveri per quanto riguarda il mantenimento e l'educazione dei figli e proibendo qualsivoglia discriminazione tra figli nati *dentro e fuori dal matrimonio*, il legislatore costituzionale chiarisce bene che i figli cui si sta riferendo sono i figli biologici e che il matrimonio cui si riferisce è il matrimonio tra persone di sesso diverso, perché solo in questo caso è possibile che l'ipotesi si verifichi secondo le leggi della Natura.

Nel matrimonio tra persone dello stesso sesso non rientra, come effetto conseguente ammissibile dal punto di vista della Natura, una qualche previsione di regolamentazione delle relazioni di ambo i coniugi per quanto riguarda “il mantenimento e l'educazione dei figli” né la riferita gamma di ipotesi che li riguarda.

E dati i termini della loro formulazione, è sicuro che i commi 3 e 4 dell'art.36 non si riferiscono ai figli adottivi, considerato che la previsione dell'adozione, come formula o forma giuridica di stabilimento della relazione di filiazione contemplata in quei commi, esclusivamente, in una dimensione biologica, viene collocata dopo tali precetti, solo al comma 7 dello stesso articolo, e come situazione “da regolare e da proteggere ai sensi della legge, la quale deve garantire il corretto e celere svolgimento del procedimento” (questione che non si pone mai in relazione alla filiazione naturale).

Da notare che, ove la Costituzione del 1976 si è voluta allontanare dai concetti normativi esistenti nel sistema (compreso il sistema costituzionale previgente) in materia di famiglia, filiazione e relazioni tra i coniugi, l'ha prescritto espressamente, non lasciando adito a dubbi.

È ciò che si evince dall'art.36, relativamente al principio di uguaglianza tra i figli nati dal matrimonio o al di fuori del matrimonio o dei diritti dei coniugi per quanto riguarda la capacità giuridica e d'agire e il mantenimento e l'educazione dei figli, in manifesto contrasto con la disciplina previgente (cfr. artt. 6 e 12-14 della Costituzione del 1933).

D'altro canto, il matrimonio non è assunto come concetto descrittivo in tutto l'insieme del nostro sistema giuridico.

Ove il legislatore ordinario l'ha messo in risalto per associargli un qualsivoglia effetto giuridico, nei più diversi campi del diritto, si è mosso sempre nel quadro di una ponderazione dell'attribuzione di tali effetti in funzione del matrimonio in quanto implicante questo, un contratto tra persone di sesso diverso che hanno costituito una famiglia mediante piena comunione di vita.

Il diritto di contrarre matrimonio che è stato, dunque, fatto proprio dal legislatore costituente, da una lato come diritto fondamentale riconosciuto a tutti e dall'altro come garanzia costituzionale, è stato il matrimonio eterosessuale.

7) E' chiaro che l'opinione di maggioranza, tentando di giustificare la propria tesi, si fa scudo della lettera del comma 2 dell'art.36 della Costituzione secondo il quale, "la legge regola i requisiti e gli effetti del matrimonio e del suo scioglimento, per morte o divorzio, indipendentemente dalla forma di celebrazione" vedendo compresa nel termine "requisiti" la possibilità del legislatore di scegliere quanto all'esigenza o meno dell'eterosessualità dei contraenti.

Tuttavia, il termine "requisiti" si deve considerare abbastanza stretto per poter giustificare una ridefinizione totale del concetto di matrimonio, dato che non si è mai ritenuto, nel linguaggio del diritto positivo, concernere la nozione (sostanziale) del contratto cui riferisce, quando questa è da esso espressamente enunciata.

Essendo la eterosessualità dei coniugi, secondo il concetto costituzionale di matrimonio, elemento essenziale del contratto, i requisiti potranno solo riferirsi, quindi, ai presupposti richiesti per la stipulazione del tipo di contratto nel quale i contraenti sono un uomo e una donna che intendono costituire una famiglia mediante una piena comunione di vita.

Era così, del resto, che la materia si trovava regolata nel Codice Civile all'entrata in vigore della Costituzione originaria (cfr .artt.1577 e 1596 e ss.) e continua ancora oggi a esserlo, così com'era nella Costituzione del 1933 al suo art.13, par.1, in termini, d'altronde, più precisi.

L'art.36, comma 2, della Costituzione ha rimesso al legislatore ordinario la regolamentazione dei presupposti e degli effetti del matrimonio e del suo scioglimento per morte o per divorzio, ma all'interno della sua concezione di contratto tra persone di sesso diverso, essendo evidente che esiste nella materia affidatagli, una discrezionalità normativo-costitutiva del legislatore ordinario molto ampia, posto che non incida "sull' essenza o sui suoi tratti caratteristici" del matrimonio così come è stato inteso dal legislatore costituzionale.

Vedere in questa rimessione alla legge ordinaria la possibilità di configurazione di uno degli elementi essenziali costituenti la garanzia istituzionale del matrimonio, all'entrata in vigore della Costituzione originaria, è spogliare il concetto di matrimonio della qualità di garanzia istituzionale costituzionale, perché valga solo come diritto fondamentale dal contenuto non chiarito costituzionalmente e da chiarirsi da parte del legislatore ordinario.

Ben inteso, la decisione della Corte ha ridotto la dimensione della garanzia di istituto del matrimonio al solo obbligo che il legislatore ordinario deve disporre, sempre, a favore delle persone, di un istituto denominato matrimonio. Si deve notare, del resto, che la sentenza soffre di evidente incongruenza scientifica quando allontana la determinazione del contenuto del diritto fondamentale al matrimonio dal senso *normativo* che il concetto aveva nel sistema giuridico al momento della fissazione del testo costituzionale del 1976 ma, al contempo, procede alla definizione del suo nucleo servendosi dello stesso sistema giuridico, facendolo equivalere a una "comunione di vita tra due persone, stabilita mediante un atto così denominato, giuridicamente regolato, libero, non sottoponibile a termini e condizioni".



In verità, questi elementi potranno essere comprensibili solo attraverso il sistema giuridico, dal momento che nessuno riesce a scorgervi nell'art.36 della Costituzione o in altri precetti costituzionali.

8) D'altro canto, essendoci dubbi interpretativi sul contenuto del concetto costituzionale portoghese di matrimonio, anche se emergenti da una interpretazione sistematica dei commi 1 e 2 dell'art.36, essi dovrebbero piuttosto essere risolti in virtù del disposto dell'art.16, comma 2, della Costituzione, in riferimento all'art.16, comma 1, della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (DUDU), il quale è chiaro quando dispone che “a partire dall'età nubile, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia(...)”.

Il concetto di matrimonio qui accolto è, sicuramente, un concetto normativo, come viene confermato attraverso la definizione del diritto dell'uomo e della donna di sposarsi uno con l'altra (e di costituire così una famiglia, che è considerata, al comma 3 dello stesso articolo, *elemento naturale e fondamentale della società*) e come, del resto, l'opinione dalla quale dissentiamo si è vista obbligata ad accettare, di fronte alla lettera e all'elemento di interpretazione sistematica della DUDU.

Ora, la DUDU, vigente nell'Ordinamento Giuridico Internazionale da molti anni prima della nostra Costituzione del 1976, è stata assunta espressamente come fonte *vincolante del contenuto* dei diritti fondamentali riconosciuti nella nostra Costituzione in base all'art.16, comma 2.

E non vale l'argomento che la stessa opinione di maggioranza brandisce per evitare l'applicabilità di questa norma della DUDU, etichettando finanche l'invocazione dell'interpretazione della norma costituzionale riguardante il matrimonio (art.36, comma 1) secondo il senso della norma della DUDU come un polemico equivoco, affermando che “ il comma 2 dell'art.16 della Costituzione ha effetto solo *in bonam partem* sul versante giuridico individuale dei diritti fondamentali”.

In verità, il comma 2 dell'art.16 della Costituzione è chiaro quando dice che “*i precetti costituzionali e di legge relativi ai diritti fondamentali devono essere interpretati e integrati in armonia con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell' Uomo*”.

In tal modo, il compito che si presenta all'interprete costituzionale è quello di sapere qual è il contenuto normativo che i commi 1 e 2 dell'art.36 della Costituzione incorporano, quando parlano di “diritto di contrarre matrimonio in condizioni di piena uguaglianza” e (*del fatto*) che “spetta alla legge la regolamentazione dei requisiti e degli effetti del matrimonio”.

Per non soffrire di incongruenza, la sentenza dovrebbe per forza ammettere che, all'entrata in vigore della Costituzione originaria, il diritto di contrarre matrimonio non aveva il senso stabilito nella DUDU, ma già quello più ampio che ora ritiene costituire il suo nucleo essenziale o il suo ambito di protezione come diritto (soggettivo) fondamentale, ovvero “quello di significare lo

stabilimento di una relazione di comunione di vita tra due persone (indipendentemente dal loro sesso), mediante un atto così denominato, giuridicamente regolato, libero, non sottoponibile a termini e condizioni”. Solo così (e senza preoccuparsi di indagare, inutilmente, se un tale senso contrario alla DUDU sarebbe legittimo) si potrebbe sostenere di essere dinnanzi a un diritto fondamentale con un ambito di protezione più ampio di quello che discende dalla DUDU, per cui l’invocazione di questa non avrebbe un senso esplicativo o integratore del diritto fondamentale di contrarre matrimonio ma piuttosto restrittivo, non rientrando questo nell’intento della regola costituzionale di cui all’art.16 comma 2.

Ma questa tesi la sentenza ha avuto il pudore di non sostenerla ,proprio per l’evidenza che una tal interpretazione sarebbe stata, alla luce della Costituzione originaria, una azzardata finzione, poiché solo i segni dei tempi sarebbero venuti a dar conto della necessità sociale di regolamentazione di una nuova realtà nelle relazioni di famiglia.

Inoltre, non concordiamo per nulla con l’affermazione riduttiva fatta dalla maggioranza nel senso che l’art 16, comma 2, della Costituzione ha effetto solo *in bonam partem* e sul “versante” giuridico individuale dei diritti fondamentali”. Una tale efficacia avrebbe senso solo se il legislatore costituente avesse assunto, senza margini per qualsivoglia fondato dubbio interpretativo, il paradigma del contratto di matrimonio, ora accolto, caso in cui l’ambito di protezione del diritto fondamentale e di garanzia istituzionale del matrimonio, intesi in questi nuovi termini, sarebbe stato più ampio di quello della DUDU.

Come si è detto, la sentenza non è stata capace di giungere a tanto, trattenuta dall’affermazione della realizzazione di una interpretazione *evolutiva* del precetto costituzionale, il che presuppone che l’attuale contenuto normativo-costituzionale poteva essere sia quello che difende (l’inclusione del matrimonio omosessuale) così come un altro, se la storia stesse camminando in un’altra direzione, come ha espressamente riconosciuto dicendo che al momento della determinazione del testo costituzionale “il problema era politicamente e giuridicamente sconosciuto”.

In questa prospettiva, la sentenza non potrebbe allora far a meno di ammettere, per essere coerente, che, se ancora oggi sono più che possibili dubbi riguardanti il taglio costituzionale del nucleo del diritto fondamentale e della garanzia istituzionale del matrimonio, lo stesso non si potrebbe dire in relazione al momento in cui il legislatore costituente fece proprio l’istituto esistente nel sistema allora vigente (sia il sistema costituzionale antecedente tenuto transitoriamente in vigore in virtù della legge n.3 del 14 maggio 1974, sia il sistema infracostituzionale).

Ora, essendoci dei dubbi circa il nucleo essenziale del diritto fondamentale e della garanzia istituzionale del matrimonio, previsto nella Costituzione originaria – dubbi questi che corrisponderanno quanto meno a un limite scientifico di intelligibilità della Legge Fondamentale la cui esistenza non può esser ignorata, – essi avrebbero dovuto e dovrebbero ancora oggi, essere risolti sulla base dell’art.16, comma 1, della DUDU.

In verità, l’art.16, comma 2, della Costituzione non determina solo, come dice l’opinione di



maggioranza, l'applicazione della DUDU *in bonam partem*, ma stabilisce anche i principi dell'interpretazione e dell'integrazione dei precetti costituzionali e di legge relativi ai diritti fondamentali in armonia con la DUDU (principio dell'interpretazione in conformità alla DUDU) (cfr. sulla storia dell'inserimento del precetto nella nostra Costituzione nell'Assemblea Costituente e il senso del testo, JORGE MIRANDA, *La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e la Costituzione*, in *Studi sulla Costituzione*, vol.1, pag.60).

In questo modo, i precetti dei commi 1 e 2 dell'art.36 possono solo essere intesi nel senso della DUDU, ossia nel senso di un diritto fondamentale e di una garanzia istituzionale costituzionale (natura che gli deriva dalla previsione nella nostra Costituzione) dell'uomo e della donna in età nubile, di sposarsi l'uno con l'altra. (senso emergente dalla DUDU).

9) Ora, come dice bene JOSÈ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*I Diritti Fondamentali nella Costituzione Portoghese del 1976*, 2° ed., pag.141, la cui dottrina la sentenza cita ma senza trarre da essa le dovute conclusioni), si deve ritenere che “le garanzie istituzionali si riferiscono al *complesso giuridico normativo* nella sua *essenza* e non alla realtà sociale in sé, di modo che (...) è con quella portata che vincolano il legislatore, ammettendo uno spazio, più o meno ampio di discrezionalità giuridica, ma proibendogli sempre la *distruzione*, come anche la *de-caratterizzazione* o lo *stravolgimento* dell'istituto (nel suo *nucleo essenziale*)”.

Ridurre il matrimonio, come ha fatto la sentenza, contro tutto il coro del sistema giuridico costituzionale e ordinario, allo stabilimento di una relazione di comunione di vita tra due persone, stabilita mediante un atto così denominato, giuridicamente regolato, libero e non sottoponibile a termini e condizioni, vuol dire de-caratterizzare radicalmente la garanzia istituzionale derivante dalla Costituzione e ciò sarebbe legittimo solo attraverso una revisione costituzionale.

E' che non si vede in essa alcuno spiraglio normativo, supportato da un qualunque elemento di interpretazione, per cui il concetto normativo di matrimonio sia ridotto a quel nucleo essenziale ora preteso, al di là di un evidente appoggio su una certa interpretazione (in tal caso errata) del principio di uguaglianza.

Oggi, quando si parla di matrimonio e di *status di coniuge*, si resta senza sapere a che tipo di rapporto giuridicamente rilevante esistente tra le persone ci si riferisca: se a un contratto tra due persone di sesso diverso stipulato con lo scopo che, attraverso quel contratto due persone di sesso diverso intendono costituire una famiglia mediante una piena comunione di vita, famiglia questa, di norma, di natura procreativa e, di regola, naturalmente allargata, che coinvolge diverse generazioni, dove l'affetto germoglia come un richiamo della propria natura umana; oppure se a un contratto tra due persone dello stesso sesso stipulato con lo scopo di costituire una famiglia mediante comunione di vita, nella quale le relazioni tra le due persone si incentrano essenzialmente su una dimensione affettiva.

Si deve, immediatamente, notare che la comunione di vita in una relazione omosessuale è conseguibile soltanto ignorando la complementarietà dei sessi e gli effetti a essa associati come la possibilità (non la necessità) dell'esistenza di certi tipi di rapporti sessuali e di procreazione, in quanto riferita a tutti gli aspetti della vita che non presuppongano la differenza di sesso: a una comunione di vita di quelle persone, sì, ma solo all'interno dell'universo soggettivo e temporale del genere unito dal matrimonio.

Il nucleo del matrimonio è diventato, quindi, il riconoscimento legale dell'esistenza di una dichiarazione di affetti tra due persone, senza essere associato al modo normale di costituzione di una famiglia generazionale: gli effetti del matrimonio omosessuale sono limitati dagli orizzonti temporali delle persone che lo celebrano, non contribuendo al divenire della Comunità Giuridica che lo riconosce. Non vediamo come dal fatto che il matrimonio eterosessuale non debba necessariamente presupporre l'evento della procreazione, sia per scelta degli interessati, sia per impossibilità fisiologica, si possano trarre argomenti nel senso che l'unione civile delle persone dello stesso sesso debba essere effettuata per salvaguardare i principi della dignità umana, di uguaglianza e privacy attraverso l'appropriazione dell'istituto giuridico del matrimonio così come esso appare inteso nel sistema giuridico.

Non è possibile mettere sullo stesso piano del matrimonio eterosessuale, dove quelle situazioni corrispondono a scelte o impossibilità fisiologiche circostanziali (non immanenti al genere) le situazioni in cui quegli eventi non sono mai possibili, *de plano*, come avviene nel matrimonio omosessuale. L'uguaglianza in questione non va al di là di un'uguaglianza semplicemente formale, creata dal legislatore, come prodotto legislativo.

10) La ragione intrinseca del matrimonio eterosessuale si trova nella possibilità della complementarietà dei sessi all'interno della più vera matrice della persona umana: complementarietà sessuale, fisiologica, psicologica, sentimentale, affettiva in una linea di corrispondenza con ciò che accade con la nascita della vita umana, che diventa possibile solo secondo quella regola di complementarietà e il cui normale sviluppo risiede altresì, secondo le regole della normalità, in quella complementarietà. Abbiamo, quindi, che il legislatore ordinario ha snaturato il diritto fondamentale e la garanzia istituzionale del matrimonio esistente nel sistema costituzionale e nel sistema ordinario. E lo ha fatto inutilmente e sproporzionatamente, violando il disposto dell'18, commi 2 e 3, della Costituzione.

In verità, allargando il senso semantico della garanzia istituzionale del "matrimonio" in modo da comprendere le unioni omosessuali, il legislatore ordinario ha contratto l'ambito normativo del diritto fondamentale del matrimonio, nella misura in cui questo si è ridotto ora a comprendere *solo come una sua particella* la normatività che lo stesso precedentemente aveva in sé.

È difendibile la creazione di un istituto di riconoscimento giuridico del contratto stipulato tra due persone dello stesso sesso che intendano costituire una famiglia mediante comunione di vita,



attribuendogli effetti giuridici che non presuppongano, secondo le leggi della Natura, la differenza di sesso o conducano alla de-caratterizzazione di quelli che necessariamente sono i postulati del matrimonio, cercando un aggancio nella clausola generale inserita nel diritto al libero svolgimento della personalità di cui all'art.26, comma 1, della Costituzione, sede costituzionale adeguata per preservare la realizzazione di tutti i fini il cui perseguimento la Costituzione non ripudi e attraverso i quali il soggetto persona ritenga di dover svolgere la propria vita. Il restringimento dell'ambito del diritto fondamentale in questione è, quindi, costituzionalmente illegittimo.

Inoltre, il legislatore ha distrutto il valore del simbolismo del matrimonio quale garanzia istituzionale con millenni di storia, conferita a persone di sesso diverso: *lo status di coniuge*, nella Comunità Giuridica e Sociale, è stato proprio –almeno per sette millenni – solo delle persone di sesso diverso. Ora, il simbolismo o valore simbolico delle istituzioni costituzionali costituisce un valore costituzionale importante, dal momento che discende immediatamente dal riconoscimento che è dato ai simboli nazionali e alla lingua ufficiale (art.11 della Costituzione), ma che può vedersi associato, come valore intrinseco, alla previsione costituzionale delle relazioni di interdipendenza tra i diversi organi della sovranità (artt.110 e 111 della Costituzione) da richiedere un rispetto proprio e autonomo per ciascuno di essi, proprio come nelle diverse garanzie istituzionali previste dalla Costituzione (si pensi, ad esempio, all'autonomia delle università, art.76 comma 2 della Costituzione).

Il riconoscimento agli omosessuali, dietro invocazione dei principi della dignità umana, dell'uguaglianza, della privacy, del diritto di procedere legalmente all'unione civile delle loro vite, non autorizza che quel trattamento debba passare dall'appropriazione del valore simbolico del *matrimonio* e dello *status di coniuge* in quanto istituzione propria, secondo la sua matrice storica, di una unione tra persone di sesso diverso, influenzando in tal modo sull'immagine dell'istituzione esistente. La *diluizione* o *degenerazione* del valore sociale dello *status* di coniuge secondo un paradigma di differenziazione dei sessi non sembra necessaria per salvaguardare i diritti fondamentali delle coppie omosessuali, perseguendo anzi l'intento illegittimo di confondere od occultare, a prezzo del valore proprio del matrimonio come unione riconosciuta tra uomo e donna, acquisito nel corso dei secoli, una parte della realtà di fatto che soggiace all'accesso a quello *status*.

Benjamin Rodrigues